

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

<https://doi.org/10.33976/IUGJLS.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\*<sup>1</sup>  
Islamic University-Gaza\*<sup>1</sup>

\*Corresponding Author: [Abdelrahman.aldaya@gmail.com](mailto: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 الأملاك والمعاملات الجوارية بين المجلة والفقهاء المالكي

د. عبد الرحمن سلمان الداية<sup>1</sup>  
الجامعة الإسلامية-غزة<sup>1</sup>

الملخص:

إن حق الملكية من أخطر الحقوق شأنًا، وأبعدها مدى، وأوسعها مضمونًا، 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 جسامته الضرر الذي يقيد هذه الحقوق، باستقراء بعض الفروع الفقهية المنصوص عليها في المذهبين الحنفي والمالكي. وقد اتبعت فيه المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، وخلصت فيه إلى أن فقهاء المذاهب المتبوعة انتهوا إلى أن الحق في الشريعة مقيد، والخلاف بينهم في مدى التقييد 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، جسامته الضرر، حق الملكية، حق الجوار.

**مقدمة:**

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهده الله، فلا مضل له، ومن يضلل 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 مع سائر أفراد جنسه، وتتفاعل فيه المواهب والملكات في نجاح المصالح وحفظها من جانب الوجود والعدم سواء كانت خاصة تلك المصالح أو عامة، وسواء كانت ضرورية أو حاجية أو تحسينية؛ لأن الفرد لا يستطيع أن يستقل بنفسه في نجاح مصالحه، ولا يمكن للأناية أن تحيي مصالح عامة، فكان لا بد من التفاعل عبر علاقات وروابط تتلاقح 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 استحكام التعارض، وتعدر التوفيق.

ولا شك أن خروج الفرد عما هو مقرر له من حقوق خاصة أو عامة، وتجاوزه في استعمال تلك الحقوق عن المألوف في مجاري العادات، أو تخطيه الحدود المرسومة موضوعياً لذلك الاستعمال، هو أمر متفق على منعه في جميع القوانين، لأنه ضرب من النظم، وقد جاء في الحديث: **(يَا عِبَادِي إِنِّي حَزَمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي، وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا فَلَا تَظَالَمُوا)**<sup>(1)</sup>.

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

والجواب عن ذلك هو ما تتكفل به نظرية التعسف في استعمال الحق التي سأطرق إليها في بحثي هذا، وارتأيت أن أقسمه على النحو التالي:

**أولاً: إشكالية البحث:**

تتمثل 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 سيُجاب 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 ويكفل احترامها؟ وهل الجزاء دنيوي أو أخروي؟
- هل ترتب الضرر الفاحش على الفعل يوجب المنع أو الإمضاء 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 المذاهب.
- 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 يتواءم مع مصلحة الجميع، وبما لا يعود بالضرر على الجيران.
- ويهدف كذلك إلى بيان معيار الضرر الفاحش، وحكم ترتبه على الفعل عند الحنفية والمالكية.
- ويهدف كذلك إلى بيان بعض الفروع الفقهية المنصوص عليها في المذهب الحنفي والمالكي القاضية ببيان معيار جسامة الضرر الذي يقيد به الحق.

(1) مسلم، صحيحه (كتاب البر والصلة، باب تحريم الظلم) (ح2577) (4/1994).

**ثالثاً: منهج البحث:**

اقتضت طبيعة الموضوع المبحوث توظيف المنهج الاستقرائي المقارن، فحرصت - قدر الإمكان - على استقراء الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتعلقة بالموضوع، وأقوال الفقهاء عامة، مع التدقيق 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 ومبحثين وخاتمة.

المقدمة: وقد تقدّمت بما اشتملت عليه.

المبحث الأول: مفهوم التعسف وتأصيله الشرعي وعلاقته بالملكية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: مفهوم التعسف وتأصيله الشرعي

المطلب الثاني: مفهوم الملكية لغة واصطلاحاً

المطلب الثالث: علاقة حق الملكية بمبدأ التعسف

المبحث الثاني: الأضرار المترتبة على المعاملات الجوارية عند الحنفية والمالكية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: مفهوم حق الجوار وتأصيله الشرعي وعلاقته بالتعسف

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

المطلب الثالث: تطبيقات معيار جسامة الضرر عند الحنفية والمالكية

الخاتمة: وتشمل أهم النتائج والتوصيات

هذا وأدعو الله أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم وأن يتقبله مني قبولاً حسناً، وأن يغفر لي ما فيه من زلات، وحسبي

في ذلك نيل المقصد 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 والسين والفاء كلمات متقاربة ليست تدل على خير، إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة (1).

وقال ابن الأثير: العَسَفُ في الأصل: "أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم" (2).

والعسف الظلم والجور، يقال: عَسَفَ السلطان: إذا ظلم، واستعملته العرب للتعبير عن موته، فتقول: عَسَفَ

البعير: إذا أشرف على الموت، والعسيف: العبد المستعان به والمستهان به، وهو الذي يظل هائماً في الطرقات ينتظر أمر سيده، أو يعمل لسيدة (3).

وقد وردت هذه اللفظة في الحديث: (إِن ابْنِي كَانَ يَعْمَلُ عَسِيفاً عِنْدَ هَذَا فَرْنَى بِأَمْرَاتِهِ) (4)، وفي الحديث: (أَنَّهُ بَعَثَ سَرِيَّةً،

فَنَهَى عَنْ قَتْلِ الْعُسْفَاءِ) (5).

ويأتي العَسَفُ -أيضاً- بمعنى: أخذ الأمر بلا روية وتدبر، يقال: رجل عسوف، إذا لم يقصد قصد الحق (6).

ولو تأملت جميع معاني التعسف لوجدتها لا تدل على خير كما نصّ على ذلك ابن فارس، وقد ذكرت ذلك قبلاً.

**الفرع الثاني: مفهوم التعسف في الاصطلاح:**

**أولاً: مفهوم التعسف عند المذاهب الأربعة:**

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

(المضارة في الحقوق).

ويتفق التعنت والعسف في إفادة معنى الظلم والمشقة والإيذاء والإضرار بالغير (7).

كما لم يتعرض الفقهاء الأوائل إلى موضوع التعسف كنظرية متحدة ذات أركان وأسس وتطبيقات، لما اتسم به أسلوبهم من عرض

الجزئيات في موضوع معين دون جمعه وربطه، بل نثره وتفريقه حسب مقتضيات الحال (8).

هذا ونجد الفقهاء في اجتهاداتهم وفتاويهم في الفروع الفقهية قد طبقوا حقيقة هذه النظرية بمنع تصرفات جائزة مشروعة إذا حادت

عن الغرض الذي من أجله شرعت وأفضت إلى ضرر، وهذا هو عين التعسف وذلك من خلال اجتهادات كل مذهب من المذاهب الفقهية.

واليك بيان بعض ما نصوا عليه في كتبهم:

**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 الأرناؤوط: صحيح.

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

(6) الأزهرى، تهذيب اللغة (64/2)؛ ابن منظور، لسان العرب (245/9)؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط (837/1)؛ الزبيدي، تاج العروس (157/24).

(7) محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي (ص279).

(8) عبيد ربحي القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (ص17).

فالإمام أبو حنيفة في البداية نظر إلى الحق نظرة مطلقة معللاً ذلك بأنه ما دام الجواز مقررًا فالضمان منتفٍ، فالقاعدة عنده (الجواز الشرعي ينافي الضمان)<sup>(1)</sup> أي أنه أخذ بنظرية الحق المطلق، فللفرد استعمال حقه بحرية دون الالتفات إلى غاية الحق وأهدافه، ومما يبدو 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 معتدٍ، إذ في التعدي خروج عن استعمال الحق عن حدوده المعينة المشروعة<sup>(2)</sup>.

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

### ب. في المذهب المالكي:

يقوم مذهب الإمام مالك على فكرة وجوب حفظ التوازن بين حقوق الأفراد إذا دعت مصلحة الجماعة إلى ذلك، وبنيت 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 تنكب الأب عن هذه المصلحة، وحاد عن غرض هذه الولاية عدً بذلك متعسفاً، ولا يترتب على عمله أي أثر<sup>(4)</sup>.

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: "أرأيت لو كان لي عرصة إلى جانب دور قوم فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماماً أو فرناً أو موضعاً لرحى فأبى عليّ الجيران ذلك، أكون لهم أن يمنعونني، قال: إن كان ما يحدث ضرراً على الجيران من الدخان وما أشبه فلهم أن يمنعوك من ذلك"<sup>(5)</sup>. وجاء أيضاً في المدونة: "وسئل عن رجل له أرض وحواليه زرع للناس في أرضهم فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، قال: إن كان ذلك يفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه"<sup>(6)</sup>.

### 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<sup>(7)</sup>. وذلك لكون الإمام الشافعي لا يعتد بالقصد والنية والدافع لاستحالة معرفتها، ويقتصر على الحكم على ظواهر الأفعال والتصرفات ما دامت مستوفية لشروط المشروعية الكاملة<sup>(8)</sup>.

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

(2) عبدالسلام التونجي، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية (ص235)؛ العربي مجيدي، 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، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (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 الغزالي لم يقل بإطلاق الحقوق والحكم على الأعمال 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 إيذاء جيرانه والإضرار بهم، ونص قوله في ذلك: "ألا يضايقه 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 الغزالي في المذهب الشافعي أخذ الإمام ابن قيم الجوزية بمبدأ نسبية الحقوق وعدم الاقتصار على ظاهر التصرف وشكله دون مراعاة الغرض والقصد منه، وجعل مشروعية التصرف واستعمال الحق متوقفاً على الغرض منه، وذلك لما سيؤول إليه إطلاق الحقوق من ظلم وتقويت للعدالة (2).

بعد هذا العرض لبعض الفروع الفقهية في المذاهب المتنوعة، 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 تتأسس كنظرية 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 (كحالة 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 الأحاد قرر الفقهاء في هذه الحال: أن الفعل يتوارد 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 الدريني: "ومن تعدى بالقيام بعلم ليس له، فإنه يكون متعسفاً في استعمال الحق" (5).

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

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

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

(3) أنور سلطان، مجلة القانون والاقتصاد (ص89)؛ ما ذكره الأستاذ فهمي أبو سنة في مقاله: نظرية التعسف استعمال الحق، موقع الألوكة <https://www.alukah.net/sharia/0/2551>؛ العربي مجيدي، 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) الدريني، 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 تصرفاً غير معتاد شرعاً"<sup>(1)</sup>، ويبدو واضحاً أنه جعل مناط التعسف هو التصرف غير المعتاد. ويتجه على هذا التقرير: أن التعسف ليس مرتبطاً بغير المعتاد من التصرف، وإنما يرتبط أساساً بغاية الحق ونتيجة استعماله، ومما يدل على هذا أن التصرف قد يكون معتاداً ولكن مع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة، فيكون حينئذ تعسفاً بالنظر إلى هذه النتيجة، فالقيد الأول وهو تصرف الإنسان في حقه مسلم به، أما القيد الثاني وهو التصرف غير المعتاد فهو ما لا يسلم به، لأنه يضيّق من نطاق نظرية التعسف، بدليل أن التصرف المعتاد قد يكون ممنوعاً بالنظر لمآله في بعض الحالات لا لذاته<sup>(2)</sup>.

- أما الأستاذ الدريني فقال في تعريفه: "هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل"<sup>(3)</sup>.

قلت: هذا التعريف ينطوي على نظر دقيق يؤدّن بأن الحق المأذون به ما وافق فيه المالك قصد الشارع منه، وهو استيفاء المنافع من الحق على وجه معتبر أو دفع مفسدة أو تقليها، ولم يضر بالآخرين.

### ثالثاً: التعريف المختار:

ولعل تعريف الدريني أحسنها، وبيان وجه الحسن فيه من وجوه:

**أولها:** أنه بين جوهر التعسف "وهو مناقضة قصد الشارع"، وعنى المناقضة أي المضادة لقصد الشارع سواء أكانت هذه المضادة مقصودة - بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار-، أو أن يتدّرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه الله عليه تحايلاً على أحكام الشريعة وقواعدها.

**الثاني:** أنه حدد نطاق التعسف فجعله محصوراً في التصرفات التي أذن فيها شرعاً، وهذه التصرفات تشمل التصرفات القولية كالعقود؛ والفعلية كاستعمال حق الملكية في العقارات، وكذا استعمال الرخص والإباحات، كتلقي السلع وإحياء الموات، على أن تكون هذه التصرفات مأذوناً فيها شرعاً، وإلا كان إتيانها اعتداءً لا تعسفاً<sup>(4)</sup>. وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف. ولعل الملحظ الأساسي الذي اجتمعت فيه هذه التعريفات هو الاشتباه الحاصل بين التعسف والتعدي<sup>(5)</sup>.

### 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 فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِيَعْتَدُوا﴾

[البقرة: 231].

جاء في سبب نزول هذه الآية، أن رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثاً راجعها ثم طلقها، فعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر يضارها، فأنزل الله تعالى الآية<sup>(6)</sup>.

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

(2) الدريني، التعسف في استعمال الحق (ص 84).

(3) المرجع السابق (ص 86).

(4) انظر: المرجع السابق (ص 89).

(5) بدر الدين أحمد عمري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي (ص 93)؛ عبير ربحي القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال

الشخصية (21)؛ محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجه الفقه الإسلامي (ص 273).

(6) الطبري، جامع البيان (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؛ لأنه استعمل حق الإمساك: على وجه غير مشروع<sup>(1)</sup>.

2. قال الله تعالى بعد بيان نصيب الإخوة لأم من الميراث: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ﴾ [النساء: 12].

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

3. وجاء في حديث عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»<sup>(3)</sup>، وعن الأوزاعي قال: قال رسول الله ﷺ: «يأتي على الناس زمان يُستحل فيه الربا بالبيع»<sup>(4)</sup>.

**وجه الدلالة من الحديثين:** أن الزواج والبيع عمل مشروع والزواج لأجل التحليل والبيع لأجل الربا عمل غير مشروع، فلما قصد بالمشروع غير المشروع نهى عنه الشارع، وحكم بفساده؛ لأنه تعاون على الإثم، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: 2].

4. وعن سمرة بن جندب: أنه قال: كانت له عَصُدٌ من نَخْلٍ في حَائِطِ رَجُلٍ من الأنصار، قال: ومع الرجل أهله، قال: فكان سَمْرَةٌ يَدْخُلُ إلى نخله فيتأذى به، ويشقُّ عليه، فطلب إليه أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يُنَاقِلَهُ، فأبى، فأتى النبي ﷺ فنكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يُنَاقِلَهُ، فأبى، قال: «فَهَبْهُ لَه وَلِكَ كَذَا وَكَذَا» أمراً رَغَّبَهُ فِيهِ، فأبى، فقال: «أنت مُضَارٌّ» فقال رسول الله ﷺ للأنصاري: «أذهب فاقْلَعْ نخله»<sup>(5)</sup>.

**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 يؤدي الأنصاري صاحب البستان، لذا منعه رسول الله وأمره بقلع نخله، بعد أن صار إلى التوفيق في الأمر عن طريق المعارضة المادية والترغيب بالثواب الأخروي، ليصل إلى حسم الضرر حسماً مادياً بعد تعذر السبل التوفيقية، وبهذا يكون الحديث أصلاً لقاعدة منع المضارة المترتبة على استعمال الحق<sup>(6)</sup>.

5. وعن الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ الْمَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا، وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا، فَإِنْ يَتْرَكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا وَنَجَوْا جَمِيعًا»<sup>(7)</sup>.

(1) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (ص105).

(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 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق (ص116).

(3) سنن ابن ماجه (كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له) (ح1936/3) (118/3)، وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره.

(4) الخطابي، غريب الحديث (1/218).

(5) سنن أبي داود (كتاب الأفضية، باب من القضاء) (ح3636) (478/5)، وقال شعيب الأرنؤوط: صحيح لغيره.

(6) العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة. رسالة ماجستير في كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002م، (ص280).

(7) صحيح البخاري (كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه) (ح2361/2) (882/2).



**وجه الدلالة:** أن الذين في أسفل السفينة يستعملون نصيبهم وحقهم؛ لكن لما أرادوا أن يستعملوه على وجه غير مشروع؛ لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لا يتكافأ مع مصلحة شربهم، وترك إيذاء الفريق الأعلى، اعتبره الشارع منكراً يجب أن يمنعوا عنه<sup>(1)</sup>. والأدلة في الوحيين كثيرة للتأصيل لهذه النظرية الأصلية شرعاً.

### المطلب الثاني: مفهوم الملكية في اللغة والاصطلاح: الفرع الأول: مفهوم الملكية في اللغة:

هي احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف فيه بانفراد<sup>(2)</sup>. وفي القاموس المحيط: "ملك الشيء يملكه إذا احتواه وكان قادراً على الاستبداد به، يقال: ملك الشيء حازه وانفرد بالتصرف فيه، فهو مالك، وتملك الشيء امتلكه أو ملكه قهراً"<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثاني: مفهوم حق الملكية في الاصطلاح:

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

عرفه الكمال بن الهمام بأنه: "قدرة يشبها الشارع ابتداءً على التصرف إلا لمانع"<sup>(4)</sup>.

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

وعرفه القرافي بأنه: "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالملوك والعيوض عنه من حيث هو كذلك"<sup>(6)</sup>.

وعرفه المقدسي الملك بأنه: "الاختصاص الحاجر"<sup>(7)</sup>.

ويلاحظ في معظم التعريفات السابقة المتقدمة الحرص 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<sup>(8)</sup>.

(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 القدير (5/456).

(5) الجرجاني، التعريفات (ص155).

(6) القرافي، الفروق (3/208، 209).

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

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

ومن هنا وجدت بعض فقهائنا قد صرح بصفة الإطلاق في استعمال ذلك الحق<sup>(1)</sup>، ولكن يجب ألا يسبق إلى الفهم تصور انخرام قاعدة نسبية الحقوق في الشريعة الإسلامية وعدم وجود حق مطلق فيها. فالواقع أن حق الملكية كغيره من الحقوق يخضع لكثير من القيود التي تلطف من صرامته، وتحد من مخاطر الغلو في استعماله. والفقهاء الذين صرحوا بإطلاق استعماله يسلمون بهذه الحقيقة جملة، وأما الخلاف فواقع 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 مداه واتساع مكناته<sup>(2)</sup>.

وحق الملكية هو أوسع الحقوق مجالاً للتعسف في استعماله، لما له من شمول وسعة في مكناته، ويظهر هذا بصفة خاصة بالنسبة للملكية العاقرة وما تتضمنه من ملكية سطح العقارة وأجوائه وأعماقه، وهذا هو الحظ الأوفر من المواد التي نصت مجلة الأحكام العدلية عليها، وهذا ما سأليناه 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 المترتبة على المعاملات الجوية عند الحنفية والمالكية

**المطلب الأول: مفهوم حق الجوار وتأصيله الشرعي وعلاقته بالتعسف:**  
**الفرع الأول: مفهوم الجوار لغة:**

الجوار في اللغة مأخوذ من المجاورة، والجار الذي يجاورك، وجاور بني فلان أي تحرم بجوارهم، ويطلق الجار على الشريك في العقار، والشريك في التجارة، والجار الملاصق، والحليف، والناصر، والمستجير بك<sup>(1)</sup>.

**الفرع الثاني: مفهوم حق الجوار اصطلاحاً:**

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

إلا أنهم بحثوا أحكام العلاقات بين العقارات المتجاورة دون التعرض إلى تعريف الحق المترتب عليها.

وقد عرف بعض المعاصرين حق الجوار بما يلي:

فقد عرفه السنهوري بقوله: "هو أن لا يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً"<sup>(5)</sup>.

وقد عرفه الزحيلي بقوله: "الحق الناشئ عن تلاصق الحدود وتجاوزها، ويكون لكل من الجارين في الارتفاق بعقار جاره، على ألا يلحق به ضرراً فاحشاً"<sup>(6)</sup>.

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 شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ وَالصَّاحِبِ بِالْجُنُبِ}**<sup>(7)</sup>.

ومن ذلك قول النبي ﷺ من حديث أبي شريح أنه قال: **(وَاللَّهِ لَا يُؤْمِنُ، وَاللَّهِ لَا يُؤْمِنُ، وَاللَّهِ لَا يُؤْمِنُ، وَاللَّهِ لَا يُؤْمِنُ)** قِيلَ: وَمَنْ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: **الَّذِي لَا يَأْمَنُ جَارَهُ بَوَاقِيَهُ**<sup>(8)</sup>.

وقوله ﷺ من حديث أبي هريرة: **(مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا يُوذِ جَارَهُ)**<sup>(9)</sup>.

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

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

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

(4) النووي، رياض الصالحين (باب حق الجار والوصاية عليه) (ص116).

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

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

(7) سورة النساء، آية (36).

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

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

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 الانتفاع بملكه، وهذا الإلزام القضائي، بل ويلزم الجار بتمكين الجار من الانتفاع بعقار جاره أو حائطه بوضع الجذوع أو السطوح عليه ونحوه، وهو ما نص عليه حديث أبي هريرة  $\text{ﷺ}$ : أن رسول الله  $\text{ﷺ}$  قال: (لَا يُمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ). ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لَأُرْمِينَ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الرابع: روابط الجوار وصلتها بمفهوم التعسف:

هل يترتب على انتهاك روابط الجوار فرض جزاء يصون مضمونها ويكفل احترامها، وإذا كان هنالك جزاء فهل هو جزاء أخروي أو هو جزاء دنيوي يوقع قضاء 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 تحقق أو عدم تحقق 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 يغرز خشبة في جدار جاره، والفقهاء قد فصلوا القول في مسألة الإلزام 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<sup>(2)</sup>.

وبناء على رأيهم 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 يُمنع قضاءً بالنسبة للجار وغيره، وكذلك يستجلب أصل الإثم والعقوبة سواء انصب ضرره على جار أو غير جار.

وأما في الحالة الثانية، حيث يكون الفعل المولد للضرر مستنداً إلى حق وداخلاً ضمن حدوده الظاهرة، فإن الأصل فيها جواز الفعل، وإن كان ذلك لا يمنع ورود الحظر على هذا الفعل ديانة أو حتى قضاءً، والأساس الذي ينبني 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<sup>(3)</sup>.

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 يترتب على استعمال الحقوق<sup>(4)</sup>.

فلا بد من التحديد وتأسيس المنع في هذه الأحوال، وسبيل 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 يغرز خشبه في جداره) (13/8).

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

(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 أملى توسعة دائرة نظرية التعسف والأخذ بالمعيار المشار إليه، والقول بالمنع القضائي للفعل الذي ينطبق عليه ذلك المعيار.

### المطلب الثاني: حكم ترتب الضرر على الفعل ومعياره عند الحنفية والمالكية:

#### الفرع الأول: حكم ترتب الضرر على الفعل عند الحنفية:

وإذا ترتب على الفعل ضرر للغير، فالحنفية مختلفون في منعه أو إضائه 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 البتة؛ لأنه تصرف في حدود ملكه الخاص، وأخذ بهذا الرأي الإمام أبو حنيفة، وابن الهمام، وابن الشحنة<sup>(1)</sup>.

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

**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 مضر مطلقاً أو كان مضرراً ضرراً غير فاحش، وأخذ بهذا الرأي أبو يوسف، والزيلعي، ومتأخرو الحنفية، ورجحته مجلة الأحكام<sup>(4)</sup>.  
وهذا الرأي هو الذي يتماشى مع نظرية التعسف في استعمال الحق، ومعاييرها وجزءاتها.

**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 باب انتفاع الإنسان بملكه، فإن فيه تضيقاً وحرماً كبيراً؛ لكون معظم التصرفات لا تخلو عن نوع ضرر يصيب الملاك المتجاورين، وأن مصلحة الجيران المتبادلة تقضي بتحمل الهين من الأضرار<sup>(5)</sup>، وقد عزاه بعض فقهاءهم بقولهم: وبه أخذ كثير من مشايخنا<sup>(6)</sup>.

وقال ابن عابدين في حاشيته: "وهو قول شاذ وخارج عن قواعدنا، وإن لفظ مطلقاً سبق قلم"<sup>(7)</sup>.

#### 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<sup>(8)</sup>:

1. إلى منع الحوائج الأصلية من الشيء، أي: يمنع المنفعة المقصودة منه كالسكنى في الدار، والزرع في الأراضي، وجري القطار في السكك الحديدية، وسير السيارات في الطرق المعبدة لها، والصلاة 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، المبسوط (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 (ص381).

(6) الرملي، 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 مطلقاً 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 تصرفاً 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 أحدث وكان من الممكن درء الضرر باتخاذ بعض التدابير كتبليطها بالإسمنت مثلاً يؤمر 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 انهزام البناء: فليس لأحد أن يجمع الطين في ملكه باتصال جدار غيره بحيث يؤدي إلى تسرب الرطوبة إليه المؤدية إلى انهزامه، فإن فعل ذلك يكلف برفع الطين، فإن لم يمتثل يأمره القاضي برفعه<sup>(1)</sup>.

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:

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

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

لكن هذا الاطلاق مقيد بما إذا تعلق به حق الغير<sup>(4)</sup>.

وهذا هو مبنى 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 حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع<sup>(5)</sup>.

وهذا الضابط هو الذي يفرق بين التعسف والتعدي - مجاوزة الحق - فصحيح أن كلاً منهما أمر محظور شرعاً، ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي اختلاف حقيقة كل منهما، فإن أول العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق، أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي أي بدون حق، فالمعتمد إنما يعمل في دائرة عموم المشروعية، أما التعسف فإنه مجال العمل المشروع في ذاته والتعيب في مآثاته إما من القصد المناقض لقصد الشارع، أو النتيجة الضرورية المترتبة 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 التعدي، وغدا فعله سليماً مشروعاً لا غبار عليه (٤) فالتعسف فرع وجود الحق، أما التعدي فالفعل غير مشروع في ذاته، لعدم استناده إلى حق<sup>(6)</sup>.

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

(2) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1192) (ص230).

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

(4) منير القاضي، شرح المجلة (86/3).

(5) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (ص45).

(6) بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي (ص97).

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن التعسف في استعمال الحق إنما يكون على وجه يناقض مقصد الشارع من تشريعه، 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 معتبرة شرعاً، وليس الإضرار بالغير مصلحة مشروعة، أو يمكن أن يكون مقصداً للشارع، فالمناقضة ظاهرة. **ثانياً:** استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مطلقاً مع الضرر الناشئ عنه، والمناقضة ظاهرة أيضاً من قبيل أن ما غلب ضرره على نفعه لا يشرع، لاختلال التوازن.

**ثالثاً:** استعمال الحق - ولو معتاداً - إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو غير مقصود؛ لأن هذا يتناقض مع قواعد الشريعة الإسلامية الفاضلية بدفع الضرر قبل وقوعه، وبإزالته بعد الوقوع، بل يتناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، وهو "جلب المصالح ودرء المفاسد"، وأن "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح" إذا كانت المفاسد مساوية أو راجحة<sup>(1)</sup>. ويمكن أن نسمي 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<sup>(2)</sup>.

وقد عضد صاحب (درر الحكام) 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 كيفما شاء ما لم يترتب على فعله ضرر فاحش بالغير<sup>(3)</sup>.

#### ومن أمثلة ذلك:

- 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 العرصه سبيني حائطه بصورة إذا هدم حائط صاحب الدار فلا يهدم حائط صاحب العرصه فليس لصاحب الدار ممانعته.

أما إذا كان بصورة إذا هدم حائط صاحب الدار سينهدم حائط صاحب العرصه 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<sup>(4)</sup> 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 فليس للجار الذي له دار قرب العرصه أن يمنعه من ذلك مع عدم وجود ضرر له. كذلك لو أراد أحد إنشاء دار في عرصته فليس 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) الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (ص37).

(2) سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (ص180)؛ عبيد القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية (ص35).

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

(4) بِالْفَتْحِ وَالضَّمِّ مَعَ تَشْدِيدِ الْوَاوِ، فِي اللَّغَةِ بِمَعْنَى: النَّقْبَةُ فِي الْحَائِطِ. الزبيدي/ تاج العروس (424/39).



- 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 بغيره، أو يسبق إلى شراء طعام، أو ما يحتاج إليه، أو إلى صيد أو حطب، أو ماء غيره، عالماً أنه إذا حازه استضرر غيره بعدمه، ولو أخذ من يده استضرر"<sup>(1)</sup>.

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

والجزاء المترتب على إساءة استعمال الحق، يقسم إلى قسمين أساسيين: جزاء أخروي وديني. فأما الجزاء الأخروي فيعتبر من السمات الخاصة بالتشريع الإسلامي وقانونه الرباني، ذلك أن المتعسف في استعمال حقه قد يفلت من العقاب الديني؛ لعدم ثبوت الأدلة، أو لتحايله على القانون، مما يحول دون نيته الجزاء العادل.

والأصل أن يكون الرادع النفسي والخوف من الجزاء الأخروي هو العامل الأول والأساسي في استعمال الشخص لحقه دون ما إساءة بالآخرين، 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<sup>(2)</sup>.

وأما الجزاء الديني فهو النتيجة الحتمية لإساءة الشخص في استعمال حقه، وهو يتنوع بتنوع الحوادث والأشخاص وعمق الضرر.

وبوجه عام، فإن الجزاء يتخذ واحدة من الصور الثلاث التالية<sup>(3)</sup>:

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

**لكن يلاحظ أنه:** إذا تعلق حق الغير في ملكه فليس للمالك أن يتصرف مضرراً بالغير ما لم يرض الغير بذلك. ومثال ذلك: الأبنية التي فوقانيها ملك لواحد وتحتانيها ملك لآخر، فبما أن لصاحب الفوقاني حقاً في القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني، أي: حق الستر والتحفظ من الشمس والمطر فليس لأحدهما أن يعمل عملاً مضرراً بالآخر بدون إذنه<sup>(4)</sup>.

وعليه فليس لذي العلو أن يبني على العلو شيئاً أو يضع عليه جذوعاً أو يحدث كنيفاً إذا كان ذلك يضر بالسفل وإن فعل يهدم ما أحدثه، وكذا ليس لذي السفلى أن يفتح باباً أو كوة إذا كان ذلك يضر بالعلو<sup>(5)</sup>.

(1) الشاطبي، الموافقات (2/355).

(2) عيسوي أحمد، نظرية التعسف (ص117).

(3) المرجع السابق (ص118).

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

(5) سليم الباز، شرح مجلة الأحكام العدلية (ص654، 655).

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

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

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 تُبنى عليه نظرية التعسف، بأن يتصرف الشخص تصرفاً في حدود ملكه المنصوصة له شرعاً وقانوناً وترتب على تصرفه ضرر فاحش بالغير، فيحكم عليه إذا شرع فيه بأنه متعسف في استعمال حقه.

**الفرع الرابع: مذهب المالكية في منع مضار الجوار:**

لقد نُصَّ في مذهب الإمام مالك على قاعدة وهي منع مضار الجوار قضاءً، وتلك قاعدة راسخة في المذهب ومنقولة عن صاحبه ولا يعرف خلاف في إقرار أصلها بين فقهاءهم، وورد المنع عما يضر الجار في قول مالك مروياً في المدونة الكبرى<sup>(2)</sup>. ونقل الشيخ عليش 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 عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: **(لا ضرر ولا ضرار)**<sup>(3)</sup>، وقد صرح بالاستناد إلى الحديث في ذلك الكثير من فقهاءهم<sup>(4)</sup>.

وذكر العلامة الزرقاني أن في الحديث تحريم جميع أنواع الضرر إلا بدليل، لأن النكرة في سياق النفي تعم<sup>(5)</sup>. وقد علق سعيد الزهاوي على ذلك فقال: "إلا أنه ينبغي أن يلاحظ شدة ملابسات الجوار وكثرة مضاره وتووعها، فإن ذلك يتصل باستعمال معظم مكنات حق الملكية، وإن في منع تلك المضار مطلقاً تقييداً شديداً لذلك الحق وشلاً لمكناته، وفيه من الضرر ما يوازي أو يفوق ضرر إطلاق ذلك الحق"<sup>(6)</sup>.

وهذا يصلح دليلاً لتخصيص الحديث الشريف وقصر المنع على ضروب خاصة من الضرر، وقد صرح 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 المذهب المالكية بالرغم مما قد توهمه صيغ إطلاق المنع، نحو عبارة ابن سلمون المتقدمة ونحو ما أورده العلامة ابن الشاطب، 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<sup>(7)</sup>.

ومدار الأمر في تحديد ما يمنع من مضار الجوار هو جسامته الضرر، وقد صرحوا بأن ما كان بصفة الضرر الكبير يمنع إحداثه<sup>(8)</sup>.

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1197)، ص 231.

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

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

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

(5) الزرقاني، شرحه على الموطأ (4/32).

(6) سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون (ص 379).

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

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

وحديث "لا ضرر ولا ضرار" الذي استند إليه في تقرير المنع هو أحد أساسين رئيسيين تقوم عليهما نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، وظهور وصف التعدي في تسبب ضرر للجار راجع إلى خرق الالتزام المستفاد من الحديث الشريف. ويجدر أن يلاحظ: أنه لو بنى على الحديث منع مضار 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 مضار الجوار:

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

وأما إذا كان في زمن السلف الصالح من الصدر الأول يغني الوازع الديني والخلقي عن اللجوء إلى المنع القضائي فإنه قد ظهر التغير في زمن الإمام مالك، فبادر إلى تغليب الأصل الثاني، خلافاً لأئمة الحنفية فإنهم راعوا الأصل الأول، ولم يقولوا بالمنع قضاءً حتى عظم الخطب ولمسوا التغير في أخلاق الناس بوضوح، ورأوا الحاجة تمس إلى الذهاب إلى المنع في الحكم ففوضوا بذلك وهذا مذهب متأخريهم.

ويتبين مما تقدم أن معظم الفقهاء الذين يذهبون إلى منع مضار الجوار قضاء يشترطون، صراحة أو دلالة، أن يبلغ الضرر حداً من الجسامته كي يحكم بمنعه.

ومر في ذلك اشتراط الفقهاء الحنفية أن يكون الضرر بيباً أو فاحشاً، وقد عرف هؤلاء الفقهاء الضرر البين أو الفاحش بأنه ما يوهن البناء أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية، والمراد بها المنفعة الأصلية المقصودة، كالسكنى في البناء مثلاً<sup>(1)</sup>، وهذا المعيار الذي وضعوه في تقدير جسامته الضرر هو معيار موضوعي، المعتبر 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 جسامة الضرر عند الحنفية والمالكية:****الفرع الأول: ما يصيب الأبنية من أضرار المياه:**

أفتى الكثير من الفقهاء من مختلف المذاهب بمنع المالك من اتخاذ ما يترتب عليه من ضرر بين ما يتجلى في سريان المياه إلى ملك الجار، وتخلخله في أبنيته، وتوهين وتصديق جدره. فأفتوا بمنع المالك من اتخاذ كنيف قرب حائط الجار، إذا ترتب على اتخاذه الإضرار بذلك الحائط<sup>(1)</sup>، ومنع اتخاذ قصبه ملاصقة لبناء الجار إذا ترتب على اتخاذه ضرر يبين به<sup>(2)</sup>، ومنع اتخاذ حوض قرب حائط الجار، إذا ترتب على ذلك ضرر بين به<sup>(3)</sup>، والمنع من اتخاذ مصبغة، إذا كان ينجم عن ذلك ضرر بين بالجار من جراء وضع الماء في الخواصي<sup>(4)</sup>، وفي كل ذلك يمكن أن يمنع الضرر قبل وقوعه، ونجد هذا مصرحاً به في بعض تلك الفروع، فقد جاء في تبصرة الحكام أنه ليس للمالك أن يحقن ماء بقرب جدار الجار، خوفاً من أن يصل نداءه إليه<sup>(5)</sup>.

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

**الفرع الثاني: ما يصيب الأبنية بسبب الحركات العنيفة والاهتزازات:**

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

(1) نظام الدين البلخي وآخرون، الفتاوى الهندية، (476/5، 480)؛ مالك، المدونة الكبرى (235/14)؛ البيهوتي، كشاف القناع (200/2)، وهذا وما سيأتي من الفروع على خلاف مذهب متقدمي الحنفية ومن وافقهم، فعلى ظاهر الرواية في المذهب الحنفي للمالك أن يبني في ملكه مرحاضاً وحماماً... وإن كان يهن من جراء ذلك جدار الجار، ولو طلب الجار تحويله لم يجبر المالك عليه، لأن الملك مطلق للتصرف، والامتناع عما يؤدي الجار واجب ديانة (المبسوط (21/15)؛ بدائع الصنائع، (264/6)، فالواقع أن الالتزام بعدم إضرار الجار مسلم به لدى الفريقين وينحصر الخلاف في جزاء الإخلال به، فالمتقدمون قد اقتصرنا على الجزء الأخرى اعتماداً على الوازع الديني والرداع الخلقي، بينما لمس المتأخرون الحاجة إلى فرض المنع القضائي.

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

(3) المرجع السابق (5/486، 482).

(4) المرجع السابق (5/474، 500).

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام (323/4).

(6) الزيلعي على الكنز (4/196)؛ الفتاوى الهندية (3/445)؛ حاشية الطحاوي على الدر المختار (3/215 و216)؛ ابن عابدين، حاشيته على الدر المختار (401/4).

(7) الفتاوى البرزانية على هامش الهندية (6/419)؛ ابن الشحنة، لسان الحكام على هامش معين الحكام (ص215)؛ ابن عابدين، حاشيته (401/4).

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

(9) مجلة الأحكام العدلية، المادة (1200) (ص231).

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

وذكروا أيضاً أن المالك لو أراد اتخاذ مدقات القصارين<sup>(1)</sup> في داره لم يجز ويمنع، لما يسببه للجيران من ضرر فاحش<sup>(2)</sup>، ومثلت المادة 1200 في المجلة، للضرر الذي يدفع بأي وجه كان، باتخاذ مكان حدادة في اتصال دار<sup>(3)</sup>. وأفتوا بالمنع فيمن اتخذ في داره حانوتاً للحياكة، وجعل فيه أنوالاً<sup>(4)</sup> بجانب حيطان جاره، وحصل من ذلك وهن لبناء الجار من كثرة الدق الشديد العنيف<sup>(5)</sup>، وبمنع من أراد اتخاذ دائرة لدق الأرز في داره وذلك يوهن جدار الجار<sup>(6)</sup>، وقد ذكر الإمام الكمال بن الهمام حكاية الإجماع على منع الدق الذي يهدم الحيطان أو يوهنها<sup>(7)</sup>. وفي مذهب المالكية منع إحداث ما له مضرة بالجدر، فيمنع من بناء رحي تضرر بجدار الجار، أو كير لعمل الحديد<sup>(8)</sup> والمعتبر في هذا وجود الضرر أو انعدامه، وقد جاء في تبصرة الحكام أنه: لصاحب الدار أن ينصب فيها ما شاء من الصناعات ما لم يضر بحيطان جاره، فإن أضر بالجدران منع<sup>(9)</sup>.

#### الفرع الثالث: تلويث مياه الجار وإفسادها:

نصت المادة 1212 من مجلة الأحكام العدلية على أنه: إذا كان لشخص بئر ماء حلو وأراد أن يبني في قربه 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 فبنى آخر عنده سياقاً مالحاً وقدره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفع ضرره إلا بالردم فإنه يردم<sup>(10)</sup>.

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

#### الفرع الرابع: أضرار الدخان والحرارة والرماد:

روي عن الإمام أبي يوسف فيمن اتخذ داره حماماً وتأذى الجيران من دخانها أن لهم منعه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم<sup>(13)</sup>، ويتضح منه أن متقدمي الحنفية ليسوا على قول واحد بعدم منع الضرر الفاحش قضاء، وكذلك هو يشير إلى أحوال تقابل الضرر، وأنه ليس للمالك أن يشكو من ضرر يتسبب هو في مثله، ولا يخفى أن ذلك الضرر لا يعتبر فاحشاً بالنسبة له.

(1) القصار: هو الذي يُهَيئ النسيج بعد نسجه ببله ودقه بالقَصْرَة. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط (2/1050).

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

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

(4) المنوال: حَشْبَةُ الحائِك التي يَحُوك عليها الثُّوب. الزبيدي، تاج العروس (31/44).

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

(6) محمد العباسي، الفتاوى المهدية (5/507).

(7) ابن الهمام، فتح القدير (6/414).

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

(9) ابن فرحون، تبصرة الحكام (2/321).

(10) والمعتبر في ذلك ما يندفع به الضرر حسب الأحوال، وليس التزام مسافات فاصلة معينة. انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (3/202).

(11) مالك، المدونة الكبرى (15/197).

(12) البهوتي، كشف القناع (2/133).

(13) الزيلعي على الكنز (4/196)؛ الفتاوى الهندية (3/445)، أما على ظاهر الرواية في الفقهاء الحنفي فإنه للمالك أن يتخذ في ملكه حماماً أو تتوراً ولا يجبر على تحويله وإنه تضرر منه جاره (مبسوط السرخسي (15/21)؛ بدائع الصنائع (6/264).

وقد أفتى المتأخرون فيمن أراد أن يبني في داره المجاورة لدور تنوراً 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<sup>(1)</sup>، بخلاف التتور الصغير المعتاد في البيوت<sup>(2)</sup>.

وفي فقه المالكية ورد تعميم منع مضار الدخان في قول فقهاء المذهب بمنع إحداث ذي دخان إذا تضرر الجيران به، بسبب تسويد الثياب والحيطان ونحو ذلك<sup>(3)</sup>.

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 مالكا قد قاله في الدخان، أما التتور فضرره خفيف<sup>(4)</sup>، ومن الواضح أن المراد تتور البيت، حيث نقلنا عنه أنفاً منع إحداث الفرن، ومثل تتور 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<sup>(5)</sup>.

### لفرع الخامس: ضرر الأتربة والغبار:

ورد في الفقه الحنفي ما يفيد منع المالك من هدم داره إذا ترتب عليه ضرر بالجيران<sup>(6)</sup>، ويشير ذلك إلى ضرر الأتربة 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 بيدراً في قرب دار آخر، وبمجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيه، فله أن يكلفه رفع ضرره"<sup>(7)</sup>.

وفي الفقه المالكي ورد منع إحداث أندر<sup>(8)</sup> قرب جنان أو بيت أو دكان، وأن إحداث الأندر جوار الدار ونحوها يؤدي ما تطاير منه، ويمنع باتفاق<sup>(9)</sup>.

وكذلك ذكروا منع نفص الحصير على باب الدار لتضرر الجار بغباره<sup>(10)</sup>، 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<sup>(11)</sup>، 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<sup>(12)</sup>.

وفي مذهب المالكية يمنع إحداث كل ذي رائحة كريهة إذا تضرر بها الجيران، كمدبغة ومجيرة ومذبح ومسمط ومصلق، وفتح مرحاض قرب الجار دون تغطيته، وإحداث اصطبيل عند دار الجار بسبب الروائح المتصاعدة من إفرازات الدواب<sup>(13)</sup>.

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

(2) حاشية الطحاوي (215/3، 216)؛ 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 فرحون، تبصرة الحكام (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: التبيد وهو موضع يُجمع فيه الحصيد ويُداس، ابن منظور، لسان العرب (200/5).

(9) ابن فرحون، تبصرة الحكام (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 العباسي، الفتاوى المهديّة (465/5)؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (202/3).

(13) ابن فرحون، تبصرة الحكام (310/2 - 321)؛ 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 نعزو ذلك إلى اختلاف طبيعة الحياة وظروفها عما هي عليها الآن، فلم تكن الوسائل المولدة للأصوات المقلقة منتشرة انتشارها 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 رحي وحانوت حدادة 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 المالكية 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 مضرة (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، كالتاجر إذا اتخذ في جانب تاجر آخر حانوتاً مثل تجارة الأول، فكسدت تجارة الأول باتخاذها، ليس للأول المنع (3).

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

(1) فتاوى ابن نجيم، بهامش الفتاوى الغيائية (ص177).

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

(3) الفتاوى الهندية (419/6).

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

(5) ابن فرحون، تبصرة الحكام (315/2).



## الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة 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 المتبوعة قد أقرروا باستواء فكرة التعسف في استعمال الحق، وإن لم يكونوا قد أسموها باسمها إلا أنها أقرت 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 عد صاحب متعسفاً وجب درء تعسفه وجبر الضرر إن ترتب عليه، ومعيار موضوعي يعتد بالضرر المترتب على التصرف المشروع دون مراعاة قصد صاحبه حيث يُعد متعسفاً إذا ما نجم عن تصرفه لحوق ضرر بالغير أكبر من المصلحة المرجوة منه أو يساويها، وهو معيار يقوم على أساس من الموازنة بين المضار المترتبة والمصالح المرجوة الذي تفردت بها الشريعة الإسلامية في إقرارها للحقوق.
- حق الملكية هو أخطر الحقوق شأنًا، وأبعدها مدى، وأوسعها مضمونًا، وإن بعض الفقهاء قد صرحوا بإطلاق استعمال هذا الحق للمكلف، وجلّ الفقهاء قيده.
- خلصت إلى أن فقهاء المذاهب المتبوعة قد انتهوا إلى أن الحق مقيد غير مطلق، والخلاف بينهم في مدى التقييد واتساعه.
- خلصت في الدراسة إلى أن هناك بوناً بين مذهب متقدمي الحنفية القاضي بأن المالك يتصرف في ملكه بأي تصرف أرادته سواء تعدى ضرره لغيره أم لا، مع مذهب الإمام مالك القاضي بالمنع، والمسألة ينازعها أصلاً متعارضان هما الحفاظ على حق الملكية، ومراعاة عدم الإضرار بالغير.

## ثانياً: التوصيات:

- يوصي الباحث بضرورة بحث تطبيقات مبدأ التعسف في أحكام الأملاك 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 تسليط 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 حقانية.
- أحمد، بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، (تحقيق: أحمد محمد شاكر) دار الحديث، 1995م.
- الأزهرى، 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، 1422 هـ.
- البزازي، محمد بن شهاب، الفتاوى النبزية أو الجامع الوجيز في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، 2009م.
- البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية.
- التسولي، علي بن عبدالسلام، النهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الأحكام)، دار الكتب العلمية، 1998م.
- التونجي، عبدالسلام، مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية.
- الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، ط1، (تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983م.
- الحطاب، شمس الدين محمد بن محمد، مواهب 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 بالشرائع 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 لنفع 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 وأدلته، دار الفكر.
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني على موطأ مالك، ط1، (تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد)، مكتبة الثقافة الدينية، 2003م.
- الزهاوي، سعيد أمجد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشرعية والقانون، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1974م.

- أبو زهرة، محمد، *الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي*، دار الفكر العربي، 2008م.
- أبو زهرة، محمد، *الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية*، دار الفكر العربي، 1996م.
- الزيالي، عثمان بن علي، *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق*، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313 ق.
- السرخسي، محمد بن أحمد، *المبسوط*، دار المعرفة، بيروت، 1993م.
- أبو سنة، فهمي، *نظرية التعسف في استعمال الحق*، مقال في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية، دمشق: 16-21 من شوال 1961، (غير منشور) موجود على شبكة الألوكة تحت الرابط التالي:  
<https://www.alukah.net/sharia/0/2551>
- السنهوري، عبدالرزاق، *مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي*، دار إحياء التراث العربي، 1997م.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، *المواقفات*، 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 الحكام في معرفة الأحكام*، البابي الحلبي، القاهرة، 1973م.
- الصاوي، أحمد بن محمد، *بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير*، دار المعارف.
- الطحاوي، أحمد بن محمد، *حاشية الطحاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب أبي حنيفة النعمان*، دار الكتب العلمية، 2017م.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، *رد المختار على الدر المختار أو حاشية ابن عابدين*، ط2، دار الفكر، بيروت، 1992م.
- العباسي، محمد حسن، *الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية*، دار الكتب العلمية.
- العربي مجيدي، *نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الأسرة*، رسالة ماجستير في كلية أصول الدين بجامعة الخروبة - الجزائر، 2002م.
- علي حيدر، *درر الحكام شرح مجلة الأحكام*، دار عالم الكتب، (2003م).
- عليش، محمد بن أحمد، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، دار الفكر، بيروت، 1989 ق.
- عماري، بدر الدين أحمد، *نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي - مبناهها ومعناها -*، رسالة ماجستير - جامعة وهران -السانيا، 2006م.
- عيسوي أحمد، *نظرية التعسف في استعمال الحق*، رسالة ماجستير جامعة عين شمس، 1963م.
- الغزالي، 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 فرحون، إبراهيم بن علي، *تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام*، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986م.
- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، *القاموس المحيط*، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005م.
- قاضي خان، *فتاوى قاضيخان في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان*، دار الكتب العلمية، بيروت.
- القاضي، منير، *شرح المجلة - كتاب الإجارة*، طبعة صلاح الدين خورشيد، بغداد، 1983م.
- ابن قاضي سماونه، محمود بن إسرائيل، *جامع الفصولين*، المطبعة الأزهرية.
- ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد، *المغني*، مكتبة القاهرة، 1968م.
- القدومي، عبير ربحي شاكر، *التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية*، دار الفكر، 2007م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، *الفروق أو أنوار البروق في أنوار الفروق*، 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، 1310 ق.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، *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.
- المرادوي، علاء الدين علي بن سليمان، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*، ط2، دار إحياء التراث العربي.
- مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج، *صحيح مسلم*، (تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي)، دار إحياء التراث العربي.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، *لسان العرب*، ط3، دار صادر، بيروت، 1414 ق.
- النووي، يحيى بن شرف، *المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)*، دار الفكر، بيروت.
- النووي، يحيى بن شرف، *رياض الصالحين من حديث سيد المرسلين*، دار ابن الجوزي، 2099م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد، *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, 1422 ق.
- 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-Sarakhsi, 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-Sanhoury, 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-Abbasi, 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.