التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ☆

إعداد

الدكتور أحمد الصويعي شليبك•

ملخص البحث

تناول هذا البحث دراسة موضوع: التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، وقد جعله الباحث في مقدمة وأربعة مباحث، عرض في المقدمة أهمية وأهداف البحث، وعرض في البحث الأول: تعريف التعسف في الشريعة والقانون، والفرق بينهما، وانتفاء المصلحة المشروعة. وعرض في المبحث الثاني: حكم قصد الإضرار بالغير ومعياره، ذكر فيه اتفاق الفقهاء، والقانون الوضعي على تحريم قصد الإضرار، والأدلة على التحريم، وشروط معيار قصد الإضرار، ثم ذكر أمثلة تطبيقية في الشريعة والقانون. أما المبحث الثالث:فعرض الباحث فيه استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، ذكر فيه حكم اعتبار هذا المعيار، وأمثلة تطبيقية في الشريعة والقانون. وفي المبحث الرابع قارن الباحث بين الشريعة والقانون في جزاء التعسف في استعمال الحق، ثم انتهى الباحث بخاتمة جمع فيها أهم النقاط التي تطرق إليها في بحثه.

☆ أجيز للنشر بتاريخ ٢٠٠٨/٦/٥م.

• أستاذ مشارك بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الشارقة– الإمارات العربية المتحدة

مُقَدِّمَة:

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. أما بعد:

فإن الله عز وجل قد خص هذه الأمة بخصائص عظيمة، ومناقب جليلة، خصها بخير الرسل ﷺ، وختم بها وبدينها سائر الأمم، والأديان، وجعل هذا الدين كاملاً لا يحتاج إلى زيادة؛ وجعله شاملاً مستوعبا لما كان موجوداً، ولما سيستجد من أمور وقضايا ومسائل.

لقد اهتمت القوانين المدنية في العالم الحديث بقضية التعسف في استعمال الحق، كما اهتمت بها القوانين العربية، تبعاً لاهتمام القوانين الأجنبية لها، وجعلت أحكامها ونظريتها في الصدر من هذه القوانين، وقرر واضعوها، وشراحها، أن موضوع التعسف هذا تنبسط أحكامه، ومعاييره، وقواعده، على جميع أنواع الحقوق التي تضمنتها القوانين العامة، والخاصة.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية، في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق؛ ذلك لأن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة، والرفق بالناس، ورفع الحرج عنهم، وتستهدف تحقيق المصالح، ودرء المفاسد، وهي بذلك تختلف عن المذهب الفردي الذي يجعل الفرد أساس وجود القانون، ويرى أن القانون ما وجد إلا لحماية حقوقه، وكفالتها، وعن المذهب الاجتماعي الذي يرى أن الحق ليس مكنة مطلقة لصاحبه، وإنما هو وظيفة اجتماعية، لا يكون استعماله إلا لتحقيق خير المجتمع، وصالحه، وينكر ليس فقط السلطة المطلقة لصاحب الحق في استعمال حقه، بل وأيضا أن يكون له سلطة على الإطلاق.

ومن هنا نوهت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، بنشأة هذه النظرية في الشريعة الإسلامية، وقررت عناية الفقه الإسلامي بصياغتها صياغة تضارع- إن لم تفق في دقتها وأحكامها- أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المعاصرين من فقهاء الغرب.

إزاء ذلك حرص المشرع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي.

وقد عنيت الأنظمة المختلفة التي عرضت للتعسف في استعمال الحق، بتحديد المعايير، والضوابط، غير أنها اختلفت في تحديدها، فبعض النظم تقتصر على وضع معيار عام للتعسف، وتترك أمر تطبيقه على ما يعرض له من أحوال، ووقائع تفصيلية في الحياة العملية، وبعضها الآخر يعدد الصور المختلفة التي يكثر فيها التعسف، دون أن يعنى باستظهار المبدأ العام الذي يحكمها.

هذا وقد اخترت أن أبحث في معيار: انتفاء المصلحة المشروعة، لأهميته، وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة وأربعة مباحث، وخاتمة والطريقة التي سرت عليها ما يلي:

المبحث الأول: تعريف التعسف في اللغة والاصطلاح، وانتفاء المصلحة المشروعة:

المطلب الأول: تعريف التعسف في الشريعة والقانون.

المطلب الثاني: انتفاء المصلحة المشروعة

المبحث الثاني: استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير:

المطلب الأول: حكم قصد الإضرار بالغير ومعياره.

المطلب الثاني: شروط معيار قصد الإضرار.

المطلب الثالث: أمثلة تطبيقية على هذا المعيار

المبحث الثالث: استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة:

المطلب الأول: حكم اعتبار هذا المعيار.

المطلب الثاني: أمثلة تطبيقية على هذا المعيار

المبحث الرابع: مقارنة بين الشريعة والقانون في التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة

المطلب الأول: مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق:

المطلب الثاني: جزاء إساءة استعمال الحق:

الخاتمة: تتضمن نتائج البحث وخلاصته، والتوصيات والمقترحات.

وقد سلكت في هذا البحث المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع أقوال الفقهاء والقانون، والمسائل المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق، وقرنت ذلك بالمنهج التحليلي، لبيان أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في صياغة هذه النظرية، ووضعت لها ضوابط وقواعد تقييد تصرفات الإنسان بما يحقق المصلحة.

وأسأل الله العلي القدير أن يكون هذا البحث قد أصاب الحق فيما ذهب إليه، على أن هذا البحث يعد قاصراً لو قارناه بأهمية الموضوع، وختاماً أصلى وأسلم على رسولنا الكريم.

المبحث الأول
تعريف التعسف في اللغة والاصطلاح وانتفاء المصلحة المشروعة

لقد قسمت المبحث إلى مطلبين هما: تعريف التعسف في الشريعة والقانون، وانتفاء المصلحة المشروعة.

المطلب الأول
تعريف التعسف في الشريعة والقانون

أولاً: تعريف التعسف في الشريعة: عرف التعسف في استعمال الحق بعدة تعريفات نذكر منها ما يلي:

١- التعسف هو: مناقضة قصد الشارع، في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل[١].

شرح التعريف:

قوله:(مناقضة قصد الشارع): أي مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة: إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عيناً، بأن يستعمل الحق المجرد قصد الإضرار، كبيع العينة[٢] للتوصل إلى الربا المحرم، أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرم الله، أو إسقاط ما أوجبه عليه، كهبة المال- صوريا- قرب نهاية الحول، احتيالاً على إسقاط الزكاة.

قوله: (في تصرف مأذون فيه شرعا): التصرف يشمل: التصرف القولي: كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق، والتزامات، سواء منها ما كان نتيجة لاتفاق إرادتين: كالبيع، والإجارة، أو ما ينشأ بإرادة منفردة: كالوصية. ويشمل التصرف الفعلي: كاستعمال حق

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للدكتور فتحي الدريني (٨٧).
(٢) بيع العينة:أن يبيع السلعة بثمن مؤجل، ثم يشتريها ممن باعها عليه بأقل من ذلك حالاً. انظر:فتح القدير٦/٣٩٧، مواهب الجليل٦/٢٩٣، المغني٦/٢٦٠.

الملكية في العقارات: كالأراضي، والمباني. وكاستعمال الرخص والإباحات: كتلقي السلع، وإحياء الموات.

والتصرف القولي، والفعلي قد يكون: إيجابياً، وقد يكون سلبياً. ففي التصرف القولي الإيجابي:

كبيع السلاح أيام الفتنة، وبيع الحاضر للبادي، إذا ترتب عليه ضرر بالعامة، اعتبر تصرفاً تعسفيا؛ والتصرف القولي السلبي: كامتناع التاجر عن البيع احتكاراً لسلعه.

والتصرف الفعلي الإيجابي:كما في حالة استعمال المالك عقاره لمجرد قصد الإضرار بغيره، أو بدون قصد الإضرار، ولكن لزم عن ذلك ضرر فاحش بجاره؛ والتصرف الفعلي السلبي: كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل إلى الطريق العامة عن هدمه، بعد الإشهاد.

قوله: (مأذون فيه شرعا بحسب الأصل): قيد يخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها؛ لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفاً، وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف[٣].

ثانياً: تعريف التعسف عند شراح القانون: عرف التعسف بتعريفات كثيرة نذكر منها:

١- التعسف هو: استعمال الحق على وجه غير مشروع، بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له[٤].

٢- التعسف هو: استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله منح، أو بقصد إلحاق الضرر بالغير، أو كلا الاستعمالين[٥].

(٣) المصدر السابق (٨٧-٩١).
(٤) التعسف في استعمال الحق للدكتور أحمد النجدي زهو (٢٧).
(٥) معجم المصطلحات القانونية للدكتور أحمد زكي بدوي (٩)، المعجم القانوني للدكتور عبد الفتاح مراد(٢١).

وبالنظر إلى التعريفات السابقة، نجد أن الحق في الشريعة هو وسيلة مصلحة، وأن مصدر الحق هو الله عز وجل، فهو ليس حقاً مطلقاً، وإنما هو مقيد بما قيدته الشريعة الإسلامية، فمن استعمل حقه، وتجاوز حدوده، يكون متعسفا في استعمال حقه، ويمنع، وقد بنت الشريعة على المجاوزة جزاء دنيوياً، وأخروياً، وأما الحق في القانون، فهو أمر يمنحه القانون، أو يحميه، وهذا يعني أن مرجع الحق هو القانون، ففيه جزاء دنيوي فقط، ثم إن تطبيق نظرية التعسف في الشريعة أوسع من تطبيقها في القانون.

المطلب الثاني
انتفاء المصلحة المشروعة

هذا المعيار يعول عليه أغلب الشراح، كما أنه أوسع مجالاً في تطبيقاته العملية، ومرد هذا المعيار: أن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة، بحيث لا يسوغ لصاحب الحق، أن يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغاية، وعلى ذلك فإن استعمل صاحب الحق حقه، مع انتفاء مصلحته في هذا الاستعمال، أو كانت المصلحة ضئيلة، بحيث لا تبرر الأضرار الناجمة عن ذلك الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن صاحب الحق يعد متعسفا في استعمال حقه.

فاستعمال الأفراد لحقوقهم في الشريعة الإسلامية ليس مطلقا من كل قيد، بل هو مقيد بما يلي:

١- ألا يؤدي استعمال الحق إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة، التي يعود نفعها على كافة الناس، أو بالمصلحة الخاصة، التي يعود نفعها على بعض الأفراد.
٢- ألا يستعمل الحق في غير غاية أبداً، بأن يستعمل في مجرد التلهي، والتلذذ، من غير أن يقصد به تحقيق نفع للفرد، أو الجماعة.
٣- ألا يستعمل في تحقيق غاية غير مشروعة، بأن يتخذ وسيلة للوصول إلى مآرب، وغايات، تتنافى مع مشروعية ذلك الحق.

٤- أن يوازن بين المنافع، والأضرار، التي تنجم عن استعمال الحق، فإن غلب جانب المنفعة على جانب المضرة ساغ استعمال الحق؛ وإن كانت الثانية بطل استعمال الحق، وخرج عن دائرة المشروعية(٦).

والمعيار هنا وبهذه الصورة على درجة كبيرة من الوضوح، لهذا فقد أشارت إليه الأحكام باطراد، سواء في مجال استعمال حق الملكية، أو حق التعاقد، أو حق التقاضي، وغيرها من الحقوق الأخرى.

ويشمل هذا المعيار فضلا عن انعدام المصلحة، أو تفاهتها، استعمال الحق أيضا بقصد الإضرار بالغير؛ لأن استعمال الحق لمجرد الإضرار، هو استعمال للحق بغير مصلحة مادية فيه لصاحبه.

يقول باردیس: (لا يباح استعمال المرء حقه، بغير نفع له، وبطريقة تضر بالغير)(٧).

وقد ذهب الإمام الشاطبي: إلى بطلان تصرف صاحب الحق، إن هو قصد منه مجرد العبث، ولم يهدف إلى تحقيق أية مصلحة، وقد أظهر أيضا أن تخير صاحب الحق في استعماله حقه، وسيلة أكثر إضرارا بالغير؛ يعني أنه قصد من هذا الاستعمال للحق على هذا النحو الإضرار بالغير.

وهو يقول في ذلك: (أما أن يكون إذا رفع ذلك العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة، حصل له ما أراد، أو لا، فإن كان كذلك

---

(٦) شرح فتح القدير ٢/٤٢٥، تبيين الحقائق٢/١٣١، المدونة٢/١٤٢، الأم٥/٢٠، المجموع١٣ /٥٥٢، قواعد الأحكام في مصالح الأنام٢/٧٥، كشاف القناع٥/٣٣٣، نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ عيسوي عيسوي، بحث مقدم لمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد(١)، ص (٢٢)، التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد (١٣٨)، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود حسين عامر (٦٠٧)، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لعبد الجبار ناجي (٧٠).

(٧) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ عيسوي عيسوي (٢٢)، التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد شوقي السيد (١٣٨)، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود حسين عامر (٦٠٧).

فلا إشكال في منعه منه؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينتقل عنه، ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل، إذا لم يقصد غير الإضرار)[٨].

وعليه فإن انتفاء المصلحة، في استعمال الحق لدى صاحبه، يتخذ قرينة على قصد الإضرار لديه، ولذا وجب منعه من استعماله على هذا النحو، ومن باب أولى، يجب منعه إذا استعمل حقه على وجه سلبي، بأن يمنع غيره من الانتفاع بأرضه مثلاً، إذا ما ترتب على ذلك نفع كليهما[٩].

وفي الفقه الإسلامي تطبيقات عدة، على اعتبار انتفاء المصلحة المشروعة، قرينة على قصد الإضرار بالغير. فقد جاء في المدونة: (أرأيت لو أني أعرت رجلاً يبني في أرضي، أو يغرس فيها، وضربت له لذلك أجلاً، فبني، وغرس، فلما مضى الأجل أردت إخراجه، قال: قال مالك: يخرجه، ويدفع إليه قيمة نقصه منقوضا، إن أحب رب الأرض، وإن أبى، قيل للذي بني وغرس: أقلع نقضك، وغراسك، ولا شيء لك غير ذلك، قلت: وما كان لا منفعة له فيه إذا أنقصه، فليس له أن ينقضه، في قول مالك)[١٠].

وقد طبقت أغلب الأحكام في فرنسا، هذا المعيار، في أحوال استعمال حق الملكية.

ويمتاز هذا المعيار، بأنه يمزج بين العنصر الذاتي، والعنصر المادي، إذ إنه يجب أن يلتمس فيه وجه المصلحة، كما يجب تقدير مشروعية هذه المصلحة. وقد يمكن أن يدخل في هذا المعنى القول بانضمام المعيار الشخصي لنية الإضرار، إلى المعيار المادي، لوجهة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية[١١].

(٨) الموافقات للإمام الشاطبي ٣٤٩/٢.
(٩) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدر يني (٢٤٦)، نظرية التعسف لحمدون نورالدين، بحث مقدم لمجلة ملحق القضاء وزارة العدل المغرب، العدد(١٧)، ص (١٤٨).
(١٠) المدونة الكبرى ٦٢/٤.
(١١) التعسف في استعمال الحقوق لحسين عامر (٦٠٩)، التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد السيد (١٣٩).

ولقد كان أكثر ما رجع فيه القضاء إلى معيار انتفاء المصلحة المشروعة، هو لتعرف المدى في حالات التقاضي، وفسخ عقد العمل والاستخدام، والعدول عن الوعد بالزواج.

ولقد اختلف فقهاء القانون، في اعتبار هذا المعيار معياراً مستقلاً بذاته؛ يستدل به على التعسف في استعمال الحق.

ويرى العميد جوسران، في هذا المعيار: أنه إذا كان يصلح بالنسبة للحقوق ذات الطبيعة الأنانية، أو الفردية، فإنه لا يصح قبوله بالنسبة للحقوق، التي تعد وظائف وليست امتيازاً شخصياً، وهي الحقوق الوظيفية، كحق السلطة الأبوية، أو الحقوق الغيرية، ذلك أن هذه الحقوق، وهي حقوق بالمعنى القانوني الدقيق، فإن استعمالها يعد تعسفاً، إذا استعملها صاحب الحق، بقصد تحقيق مصلحة محضة له، ولم يكن ذلك تحقيقا للواجب الذي يهدف القانون إلى حمايته، أما الحقوق التي تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، كحق النقد الأدبي، فإذا انحرف صاحب الحق عن تحقيق هذه الغاية، فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه.

ويرى بعض القانونيين أن قول العميد جوسران في هذا الخصوص، يستفاد منه أنه ينبغي ألا تستعمل هذه الحقوق، بقصد الإضرار بالغير، أو متى كانت لا تحقق مصلحة مشروعة، بمعنى أنه ينبغي استعمالها في ضوء تحقيق غاياتها(١٢).

ويمكن الرد على ذلك: بمنع هذا المعنى، لم لا يقصد بالمصلحة المشروعة هنا المصلحة التي قررها الشارع للحق، سواء أكانت راجعة لصاحبه، أم لغيره(١٣).

ثم إن قول جوسران صادر عن معتقدات وآراء تأثر بها، لدرجة أنه لا يرى الحقوق سوى وظائف اجتماعية، ولا ترتب أية ميزة لذويها، فلا يرى فيها تحقيقا لأية منفعة شخصية، وهو ما من شأنه أن يهدم فكرة الحق كلية، ويقترب به من أفكار العميد

(١٢) التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد السيد (١٣٩)
(١٣) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدريني (٣٢٦).

دي جي وإنكاره لفكرة الحق من أساسها[١٤].

ويندرج تحت معيار انتفاء المصلحة المشروعة، عدة حالات للتعسف هي:

١- استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير

٢- استعمال الحق حالة انتفاء المنفعة لصاحبه، وعدم ثبوت قصد الإضرار

٣- حالة تخير صاحب الحق أكثر الطرق ضرراً بغيره، دون فائدة تعود عليه، على حين أن له ندحة عن ذلك إلى طرق أخرى، لا يلزم عنها هذا الضرر، ولا يتضرر صاحب الحق في الانتقال إليها

٤- استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة[١٥]

وسأقوم بدراسة الحالة الأولى والرابعة في هذا البحث لأهميتهما، أتطرق في المبحث الثاني الحالة الأولى، وفي المبحث الثالث الحالة الرابعة، والله المستعان.

المبحث الثاني
استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير

هذه الحالة هي أبرز حالات التعسف في استعمال الحق، وفيها يكون الشخص قد استغل الحق الممنوح له، لا لتحقيق مصلحته التي منح هذا الحق لأجلها، ولكن ليلحق الضرر بالغير، ويسيء إليه. ولهذا كان هذا المعيار أقدم معايير التعسف، وأكثرها شيوعاً في الشريعة الإسلامية، وفي القوانيين الوضعية، لكثرة استعمال الأفراد حقوقهم بقصد الإضرار بالآخرين. وقد استقر هذا المعيار في الفقه الإسلامي، والفقه الغربي، والقضاء، على عدم الأخذ به.

والقصد إلى الإضرار بالغير، ممنوع في الشريعة، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه، أو لتحقيقه؛ لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق[١٦].

(١٤) التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد السيد (٣١٩-١٤٠).
(١٥) الموافقات ٢/٣٥٠، نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدر يني (٣٢٦).
(١٦) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدريني (٢٤٣)، نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي (٩١)، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق إسماعيل العمري (٢٠٦)، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود لحسين عامر (٥٩٦)، نظرية التعسف في استعمال الحق لحمدون نور الدين (١٤٧)، الوسيط

المطلب الأول
حكم قصد الإضرار بالغير ومعياره

اتفق الفقهاء جميعا على تحريم قصد الإضرار بالغير[١٧]، فقد ورد في القرآن الكريم، والسنة النبوية، النهي عن المضارة في مواضع منها:

١- قوله تعالى: ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾[١٨].

وجه الدلالة: نهى الشرع عن استعمال حق المراجعة بقصد الإضرار، كما كان يفعل في الجاهلية حيث يطلق الرجل زوجته، ثم إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها، ثم طلقها[١٩]، فنهي الشرع عنه، والنهي مفيد للتحريم، فتكون المضارة حراماً.

٢- وقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك﴾[٢٠].

وجه الدلالة: في الآية نهي صريح لأب الولد، وأمه عن قصد الإضرار؛ لأنه مناقض لمقاصد الشريعة، ومخالف للحقوق الشرعية، فلا ينبغي أن يتخذ أحد الوالدين من الرضيع، سبباً وذريعة لمضارة الآخر، فلا تضار والدة زوجها، بسبب ولدها، بان تطلب منه ما ليس بعدل من الرزق، والكسوة، وأن تشغل قلبه بالتفريط في شأن الولد، وأن تقول بعدما ألفها الصبي: أطلب له ظئراً، أو تدفعه عنها لتضر أباه بتربيته، وما أشبه

للسنهوري ٨٤٤/١، الوجيز في الحقوق المدنية للدكتور عدنان القوتلي (٣١٩)، نظرية الحق للدكتور منصور مصطفى ٢٩٣/٢، المدخل إلى القانون لرمضان أبوالسعود(٤٣٥)، القانون المدني للدكتور أحمد إبراهيم (٧)، شرح القانون المدني لمحمد سوار١٠٠/١، النظرية العامة للقانون لجمال(٣١٦).

(١٧) تبيين الحقائق٢٥٥/٤، الخراج(١٠٤)، المدونة٣٧٧/٤، المنتقى٤٠/٧، تبصرة الحكام ٣٦٢/٢، الموافقات٣٤٩/٢، نهاية المحتاج٣٣٧/٥، المغني ٤٥٣/٥، كشاف القناع٣٩٩/٣، الفتاوى الكبرى٣٩٦/٥، جامع العلوم والحكم٢١٧/٢.

(١٨) سورة البقرة: آية٢٣١.

(١٩) جامع البيان للطبري٨/٥، أحكام القرآن للجصاص ٤٨٢/١، الموافقات٣٨١/٢.

(٢٠) سورة البقرة: آية ٢٣٣.

ذلك، ولا يضار مولود له امرأته بسبب ولده، بأن يمنعها شيئاً مما وجب عليه من رزقها، وكسوتها، أو يأخذه منها وهي تريد إرضاعه، إضراراً بها[٢١].

٣- وقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾[٢٢].

وجه الدلالة: في الآية نهي الأزواج عن الإضرار بزوجاتهم المطلقات، وذلك بالتضييق عليهن في النفقة والمسكن من إنزال من لا يوافقهن، أو يشغل مكانهن، أو غير ذلك حتى تفتدي منه بمالها، أو تخرج من مسكنه[٢٣]

٤- وقوله ﷺ:" لا ضرر ولا ضرار"[٢٤].

وجه الدلالة: دل الحديث على تحريم الضرر بجميع أنواعه، بأي وجه كان إلا ما خص بدليل، ودل نفي جواز الضرر على النهي الشديد عنه، لأن النهي لطلب الكف عن الفعل، والفعل الضار يتعلق بكل تجاوز من شخص على آخر، سواء كان ذلك التجاوز المضر يلحقه في نفسه، أو ماله، أو كرامته[٢٥].

ويقول أبو يوسف: (لا يحل لمسلم أن يتعمد الإضرار لجاره، ولا القصد لتغريق أرضه، ولا لتحريق زرعه بشيء في أرض نفسه)[٢٦].

ويقول ابن رجب في تحريم إلحاق الضرر بغير حق:(أن لا يكون- في استعمال الحق- غرض سوى الضرر بالغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه)[٢٧].

---

(٢١) تفسير النسفي١/١٣٠، تفسير ابن كثير١/٣٨٢، أحكام القرآن لابن العربي١/٢٠٤.
(٢٢) سورة الطلاق: آية ٦.
(٢٣) تفسير الخازن٤/٣٠٨، تفسير ابن كثير٤/٤٩١، تفسير النسفي٢/٦٩٧.
(٢٤) موطأ مالك مع شرح الزرقاني ٤/٣٢، ح(٢٣٥١)، سنن ابن ماجه ٢/٧٨٤، ح(٢٣٤١)، المستدرك للحاكم ٢/٥٧، ح (٢٣٤٥)، تلخيص الحبير لابن حجر ٤/١٩٨.قال الحاكم:صحيح الإسناد على شرط مسلم، وحسنه النووي في الأربعين ١٠٦، وصححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه٢/٢٥٨.
(٢٥) إعلام الموقعين ٣/٧٧.
(٢٦) كتاب الخراج لأبي يوسف (١١٢).
(٢٧) جامع العلوم والحكم لابن رجب (٨٨، ٢٩٠).

ويقول الإمام الشاطبي مؤيداً تحريم قصد الإضرار:(لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار، من حيث هو إضرار، لثبوت الدليل على أن لا ضرر وضرار في الإسلام)[٢٨].

وقد نصت القوانين الوضعية على منع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير. فقد نصت المادة (٢٢٦) من التقنين الألماني الصادر في سنة ١٨٩٦، والنافذ سنة ١٩١٢ على أنه: (لا يباح استعمال الحق، إذا لم يكن له من غرض، سوى الإضرار بالغير)[٢٩].

ونصت المادة (١٣٥) من القانون المدني البولوني على: (أن كل من يلحق عن قصد، أو إهمال ضرراً بالغير، وهو يستعمل حقا من حقوقه، يكون ملزما بضمانه، إذا كان قد تجاوز في استعماله حدود حسن النية، أو الهدف الذي من أجله منح هذا الحق)[٣٠].

ونصت الفقرة الثانية من المادة (٧٤) من مشروع القانون الفرنسي في سنة ١٥٣٩، والإيطالي في سنة ١٩١٩ للالتزامات على أنه: (يعتبر متعسفا كل من يلحق ضرراً بالغير، متجاوزاً في استعماله حقه حدود النية الحسنة، أو الهدف الذي من أجله أعطي هذا الحق)[٣١].وهو نفس ما قرره القانون المدني اللبناني في المادة (١٢٤) من قانون الموجبات والعقود[٣٢].

ونصت القوانين العربية أيضا على منع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، فقد نص القانون الإماراتي مادة (١٠٦)[٣٣]، والقانون المصري مادة (٥)، والأردني مادة

(٢٨) الموافقات للشاطبي ٤٩٣/٢.
(٢٩) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدريني (٣٢٩)، الوجيز في الحقوق المدنية د.عدنان القوتلي(٣١٤)، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود لحسين عامر (٥٦٩)، الحق ونظرية التعسف لإسماعيل العمري (٢٠٠).
(٣٠) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدريني (٣٣٠)، الوجيز في الحقوق المدنية للقوتلي(٣١٥).
(٣١) المصادر السابقة.
(٣٢) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدريني (٣٣٠)، المدخل إلى القانون د.محمد أبوالسعود (٤٣٦).
(٣٣) قانون المعاملات المدنية (٣٠).

(٦٦)[٣٤]، والقطري مادة (٦٢)[٣٥]، والبحريني مادة (٢٨)[٣٦]، على أن استعمال الحق يكون غير مشروع في أحوال ثلاث منها: (إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير)[٣٧].

واستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، يعتبر معياراً ذاتيا، أو شخصيا بحتاً، إذ أنه يتعلق بالقصد، والنية، بمعنى أنه ينظر أساسا إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر بغيره، دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أي فائدة، كان متعسفا في هذا الاستعمال، كمن يقيم جداراً عاليا في أرضه، أو يغرس اشجاراً، لمجرد حجب الضوء، أو الهواء عن جاره، دون أن تكون له فائدة، فانعدام المنفعة انعداما تاما، قرينة لا يمكن نفيها عن قصد الإضرار.

ويستخلص القضاء قصد الإضرار من انتفاء كل مصلحة؛ في استعمال الحق استعمالاً، يلحق الضرر بالغير، متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك[٣٨].

ويقول الدكتور فتحي الدريني:(إن استعمال الحق دون منفعة، قرينة على أن – مستعمل الحق–لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الإضرار مفترضة في هذه الحال)[٣٩].

ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار، يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي، هو مسلك الرجل المعتاد في هذا الموقف، إذ إن مجرد نية الإضرار، أي الإضرار العمد، لا يكفي بذاته للقول بوجود انحراف في السلوك، فالشخص قد يستعمل حقه، ويتعمد الإضرار

(٣٤) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني (٨١).
(٣٥) القانون المدني (٢٠).
(٣٦) القانون المدني (٨).
(٣٧) مدونة القانون المدني لمعوض عبدالتواب٢٦/١، التعليق على نصوص القانون المدني لأنور طلبة١٤/١، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل لأنور العمروس(٢٩)، الوجيز في الحقوق المدنية للقوتلي(٣١٩).
(٣٨) نظرية التعسف للأستاذ عيسوي عيسوي (٤٢)، الحق ونظرية التعسف لإسماعيل العمري (٢٠٧)، التعسف في استعمال الحق لمحمد شوقي السيد (١٣١)، التعسف في استعمال الحق للدكتور أحمد النجدي زهو (٤٨)، النظرية العامة للقانون للدكتور مصطفى الجمال (٣١٦)، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية للدكتور منصور مصطفى ٢٩٤/٢، نظرية الالتزام للدكتور سمير تناغو (٣٩٩)، العمل غير المشروع باعتباره **مصدراً** للالتزام للدكتور محمود حمزة (٩٤)، نظرية الحق لمحمد عبدالعزيز (٢٦٠).
(٣٩) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ فتحي الدريني (٣٢٠).

بغيره، ومع ذلك لا يعتبر منحرفا، إذا كان استعمال حقه على هذا النحو يحقق له نفعا كبيرا؛ يفوق بكثير الضرر الذي سيصيب الغير، أما إذا انطوى استعمال الحق على قصد الإضرار بالغير، دون أن يقترن ذلك بتحقيق أية مصلحة لصاحب الحق، أو بتحقيق مصلحة ثانوية، أو تحققت مصلحة له بطريقة عرضية غير مقصودة، فإنه يكون متعسفا في استعمال حقه، طبقا لمسلك الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف(٤٠).

والظاهر مما تقدم، أن الممنوع هو قصد إلحاق الضرر بالغير من غير حق، أما إدخال الضرر على أحد يستحقه، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم غيره، فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير ممنوع قطعا، ولا يعد فاعله مسيئا.

المطلب الثاني
شروط معيار قصد الإضرار

ومما تقدم أيضا يمكن وضع شرطين لتحقق هذا المعيار هما:

١- أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير.

٢- أن يتمحض قصده لذلك، بحيث لا يصحبه قصد إلى شيء آخر من وراء هذا الفعل، كالقصد إلى تحقيق منفعة، ولو ضئيلة منه.

فإذا صحب قصد الإضرار بالغير قصد تحصيل منفعة ما، ولو تافهة، لم يكن الفعل محكوما بهذا المعيار، وإن كان في ذاته يعتبر تعسفاً لاستعمال الحق، ويحكمه معيار آخر وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق، والضرر الذي يلحق الغير(٤١).

(٤٠) الوسيط للسنهوري ٨٤٤/١، شرح القانون المدني د. سليمان مرقس ٣٥٤/٢، العمل غير المشروع د.محمود حمـــزة (٩٤)، نظرية الالتزام د. سمير تناغو (٣٠٠)، المدخل إلى علم القانون لهاشم القاسم (٢٧٤)، التعليق على نصوص القانون المدني لأنور العمروسي (٣٤).

(٤١) نظرية التعسف للأستاذ عيسوي عيسوي (٩٢، ٤٢)، ملاحق لكتاب نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني ٦/٤.

فالعبرة في تحقق هذا المعيار هو تمحض قصد الإضرار بالغير، من غير أن يصحبه قصد إلى شيء آخر، ولا يهم بعد ذلك أن يترتب عليه نفع، مادام هذا النفع غير مقصود.فمن غرس في أرضه أشجاراً كثيفة، لمجرد حجب الضوء عن جاره، من غير قصد إلى شيء آخر، يكون مسيئا حتى ولو عادت هذه الأشجار عليه بالنفع، مادام هذا النفع لم يكن مقصوداً، وإنما جاء عارضا بحتا.

ويدخل في معيار قصد الإضرار بالغير–من حيث القضاء[٤٢]– كل فعل لم يقم فيه دليل معين على قصد الإضرار بالغير، ولكن هذا الفعل قد خلا من المصلحة، وتجرد من الفائدة، فإن انعدام المصلحة من الفعل يعتبر قرينة في القضاء، على تمحض قصد الإضرار بالغير، إذ الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو من المصلحة، فإذا لم يحقق الفعل مصلحة ما، ولو ضئيلة كان ذلك قرينة على قصد الإضرار بالغير، فيكون الفاعل مسيئاً في هذا الاستعمال، فالمالك الذي يبني جداراً مرتفعاً على حدود ملكه، بحيث يحجب الضوء والهواء عن جاره، يعتبر متمحض القصد للإضرار بهذا الجار، إذا لم تكن له مصلحة حقيقية في بناء مثل هذا الجدار المرتفع[٤٣].

ويجب أن يثبت المضرور، أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه، قصد إلى إلحاق الضرر به، ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات، ومنها القرائن المادية، ولا يكفي إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر، من جراء استعماله لحقه على الوجه الذي اختاره، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد في إحداثه. فلو أن شخصاً يملك أرضاً للصيد، وصاد فيها، فأصاب شخصاً آخر دون أن يتعمد ذلك، فإنه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير، حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه

(٤٢) انظر التطبيقات القضائية في ص(١٨) وما بعدها.

(٤٣) نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني (٢٤٦)، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية د. منصور مصطفى ٢٩٤/٢، نظرية التعسف للأستاذ عيسوي (٩٣، ٤٢)، الحق ونظرية التعسف لإسماعيل العمري (٢٠٦)، الوسيط للسنهوري ٨٤٤/١.

الإصابة، ولا يعد هذا التصرف تعسفاً، لا باعتبار أنه ينطوي على قصد الإضرار بالغير، ولا بأي اعتبار آخر.

فإذا أقام المضرور الدليل على نية الإضرار، اعتبر مستعمل الحق متعسفاً في استعماله، ومسؤولاً عن الأضرار، التي وقعت مسؤولية تقصيرية، وعلى المدعي عليه أن يثبت العكس لينجو من المسؤولية(٤٤).

ويرى الدكتور السنهوري في باب الإثبات: أنه لو لم يقم الدليل القاطع على وجود القصد في إحداث الضرر، ولكن الضرر وقع فعلاً، وتبين أنه لم يكن لصاحب الحق، أية مصلحة في استعمال حقه، على الوجه الذي أضر فيه بالغير، فإنه يرى أن انعدام المصلحة هنا انعداماً تاماً، قرينة قاطعة على قيام القصد بإحداث الضرر؛ كذلك يدل على الخطأ الجسيم على سوء النية، ولكن هذه القرينة تبقى قاطعة إذا دعمها دليل آخر، ولا تكون من القرائن القاطعة وحدها، ويكون من حق الخصم إثبات عكسها بالدليل القانوني المعبّر(٤٥).

ولقد اختلف فقهاء القانون في هل يجب أن يكون قصد الإضرار بالغير، هو القصد من استعمال الحق أم لا؟ فذهب بعض الشراح كالسنهوري، وأنور سلطان: إلى أنه يكفي أن يكون قصد الإضرار بالغير، هو العامل الأصلي، الذي دفع صاحب الحق إلى استعمال حقه، ولو كان ذلك مصحوباً بنية جلب منفعة كعامل ثانوي. وذهب البعض الآخر مثل ريبير، وديبون ديلسترين: إلى أنه يجب لإعمال المعيار أن يكون قصد الإضرار، هو القصد الوحيد(٤٦).

---

(٤٤) نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني (٣٢٠)، الحق ونظرية التعسف لإسماعيل العمري (٢٠٧)، الوسيط للسنهوري، ٨٤٤/١٠، مبدأ حسن النية لعبد الجبار صالح (٦٦)، العمل غير المشروع د. محمود حمزة (٩٤)، النظرية العامة للالتزامات د. حسن علي الدنون (٢٦٦)، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل لأنور العمروس (٣٤).

(٤٥) الوسيط للسنهوري ٨٤٤/١.

(٤٦) الوسيط للسنهوري٩٥٧/١، النظرية العامة للالتزام لأنور سلطان ٤٨٢/١، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، د.منصور مصطفى منصور ٢٩٤/٢، التعسف في استعمال الحق للدكتور محمد السيد (١٩٢-١٩٣).

المطلب الثالث
أمثلة تطبيقية على هذا المعيار

أولاً: في الشريعة الإسلامية:

اتفق الفقهاء جميعاً على تحريم قصد الإضرار بالغير[٤٧]، وعلى تأثيم من يفعل ذلك، وأنه يستوجب الجزاء الأخروي، إلا أنهم لم يتفقوا على وجوب الجزاء الدنيوي، فبعضهم اكتفى بالجزاء الأخروي، دون أن يبسط عليها سلطان القضاء، ومنهم من لم يقف عند حدود الجزاء الأخروي فقط، بل أوجب كذلك جزاء قضائياً. ونورد هنا المسائل الفقهية من المذاهب المختلفة التي تبين ذلك كما يلي:

١- جاء في مجمع الضمانات:(رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، فأحرق[٤٨] زرعه، لا يضمن، إلا أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره، لأنه إذا علم كان قاصداً إحراق زرع غيره. قالوا: إن كان زرع غيره يبعد عن حصائده التي أحرقها، وكان يأمن من أن يحترق زرع جاره، ولا يطير شيء من ناره إلا شرارة، أو شرارتان، فحملت الريح ناره من أرضه إلى أرض جاره، فانحرق زرع الجار، فلا يضمن، فإذا كان أرض جاره قريباً من أرضه، بأن كان الزرعان ملتصقان، أو قريبان من الالتصاق، على وجه أن ناره تصل إلى زرع جاره، يضمن صاحب النار زرع الجار.

وكذلك رجل له قطن في أرضه، وأرض جاره لاصقة بأرضه، فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن، فأحرقت ذلك القطن كان ضمان القطن على الذي أوقد النار، لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن، كان قاصداً

(٤٧) انظر:ص (٩).
(٤٨) هكذا في الأصل، ولعلها (أحرقت).

إحراق القطن)[٤٩].

٢- وفي كتاب الخراج لأبي يوسف:(في الرجل يكون له النهر الخاص، فيسقى منه حرثه، ونخله، وشجره، فينفجر من ماء نهره في أرضه، فيسيل الماء من أرضه إلى أرض غيره، فيغرقها هل يضمن؟ قال: ليس على رب النهر في ذلك ضمان، من قبل أن ذلك في ملكه، وكذا لو نزت أرض هذا من الماء ففسدت، لم يكن على رب الأرض الأولى شيء، وعلى صاحب الأرض التي غرقت، ونزت أن يحصن أرضه. ولا يحل لمسلم أن يتعمد أرضاً لمسلم، أو ذمي بذلك ليغرق حرثه فيها، يريد بذلك الإضرار به، فقد نهى رسول الله ﷺ عن الضرار، وقد قال: "ملعون من ضار مسلماً أو غيره"[٥٠].

وكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي عبيدة، يأمره أن يمنع المسلمين من ظلم أحد من أهل الذمة، وإن عرف أن صاحب النهر، يريد أن يفتح الماء في أرضه، للإضرار بجيرانه، والذهاب بغلاتهم، وتبين ذلك، فينبغي أن يمنع من الإضرار بهم)[٥١].

٣- وفي معين الحكام: (قال ابن عتاب: الذي أقول به، وأنقله من مذهب مالك، أن جميع الضرر يجب قطعه، إلا ما كان من رفع بناء من هبوب الريح، وضوء الشمس، وما كان في معناهما، إلا أن يثبت القائم في ذلك، أن محدث ذلك أراد الضرر بجاره[٥٢].

وإن من يحفر بئراً في ملكه، أو غير ملكه، ليتلف سارقاً، فقد روى ابن وهب عن مالك يضمن السارق، وغيره. ومن حدد قضيباً، أو عيداناً، فجعلها ببابه

(٤٩) كتاب مجمع الضمانات لأبي محمد البغدادي (١٦١).
(٥٠) الزرقاني على موطأ مالك ٣٢/٤، بلفظ: "ملعون من ضار أخاه المسلم أو ماكره".
(٥١) الخراج لأبي يوسف (٥٦).
(٥٢) تبصرة الحكام لأبن فرحون ٣٦٢/٢.

لتدخل في رجل من يريد الدخول في حائطه من سارق، أو غيره، فإنه يضمن، وكذلك من جعل على حائطه شركاً، يستضر به من يدخل، أو رش قناة، يريد بذلك أن يزلق من يمر به من إنسان، أو غيره، فهذا يضمن في هذه الوجوه)[٥٣].

نرى من هذه النصوص أن المالك يمنع من إجراء الماء في ملكه، أو فعل أي شيء فيه، إذا كان الغرض من ذلك هو الإضرار بالغير، وأنه إذا أصاب الغير ضرر في هذه الحالة، كان على المالك ضمان ما تلف، بسبب تعسف استعمال حقه.

٤- ومن تطبيقات هذا المعيار منع المضارة في الرجعة. قال الإمام مالك:(من راجع امرأته قبل انقضاء عدتها، ثم طلقها من غير مسيس، أنه إن قصد بذلك مضارتها بتطويل العدة، لم تستأنف العدة، وبنت على ما مضى، وإن لم يقصد ذلك استأنفت عدة جديدة)[٥٤].

ومنها منع المضارة في الرضاع. قال مجاهد في قوله تعالى: ﴿لا تضار والدة بولدها﴾ قال:(لا يمنع أمه أن ترضعه، ليحزنها بذلك)[٥٥]، وقال عطاء، وقتادة، والزهري، وسفيان، والسدي، وغيرهم: إذا رضيت ما يرضى به غيرها فهي أحق به. وهذا هو المنصوص عند أحمد؛ ولو كانت الأم في حبال الزوج. وقيل: إن كانت في حبال الزوج، فله منعها من إرضاعه، إلا أن يمكن ارتضاعه من غيرها، وهو قول الشافعي، وبعض الحنابلة، لكن إنما يجوز

(٥٣) المصدر السابق ٣٤٦/٢.
(٥٤) أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٠/١.
(٥٥) تفسير ابن كثير٣٨٢/١.

ذلك إن قصد الزوج به توفير الزوجة للاستمتاع بها، لا مجرد إدخال الضرر عليها(٥٦).

٤- اشترط الإمام أبو حنيفة في الوكيل بالخصومة: أن يرضى عنه الخصم فيها، إلا إذا كان الموكل يقوم به عذر، يمنعه من الخصومة بنفسه لمرض، أو به سفر، أو أن الخصومة من امرأة مخدرة لا تخرج، فإن التوكيل حينئذ يجوز بغير رضا الخصم، وخالف الصاحبان في ذلك، وذهبا إلى إطلاق حرية الموكل في اختيار وكيله؛ لأنه يتصرف في خالص ملكه. وقد اختار الإمام السرخسي العمل برأي أبي حنيفة، إذا علم من الموكل قصد الإضرار بخصمه، في اختيار وكيله. والعمل برأي الصاحبين، إذا علم من الخصم الآخر التعنت في رفضه للوكيل، وقصد الإضرار بالموكل، وهذا هو المختار عند المتأخرين في المذهب الحنفي(٥٧). وأساس هذا الاختيار منع كل من المتخاصمين من التعسف في استعمال الحق.

كذلك منع الحنفية من سماع الدعاوى الكيدية، التي يقصد بها إلحاق الضرر بالمدعي عليه، ولا تستند إلى حق صحيح(٥٨). فإذا ادعى رجل عرف بالفقر، أنه أقرض آخر، أموالا كثيرة دفعة واحدة، أو أن المدعى عليه غصبها منه، فإن هذه الدعوى لا تسمع، لاستحالتها عادة.

٥- قال المالكية في باب الدعاوى بالتهم، والعدوان:(لو ادعى رجل غصباً على رجل من أهل الخير، والدين، أُدِّب. وقال أشهب: لا يؤدب، وهل يحلف المدعى عليه في هذه الصورة، وما يماثلها أم لا؟ قالوا: إن كان المدعي به حقاً لله لم يحلف، وإن كان حقاً لآدمي، فعن مالك قولان، مبنيان على جواز سماع

(٥٦) أحكام القرآن لابن العربي ٢٠٤/١، جامع العلوم والحكم لابن رجب (٢٦٨).
(٥٧) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٥٥/٤، ٢٩٨.
(٥٨) نصت على ذلك المادة (١٦٢٩) من مجلة الأحكام العدلية (٩٢٥).

هذه الدعوى. والصحيح أنها لا تسمع في هذه الصورة، ولا يحلف المدعى عليه، لئلا يتطرق الأرذال، والأشرار، إلى أذية أهل الفضل، والاستهانة بهم.

وقال ابن الهندي: الأيمان التي فيها التهم، والظنون، لا تجب على المدعى عليه حتى يثبت أنه ممن تلحقه مثل هذه التهمة، فإذا ثبت ذلك حلف وليس له رد اليمين)[٥٩].

ويقول ابن القيم:(دعاوى التهم، وهي الأفعال المحرمة، كدعوى القتل، وقطع الطريق، والسرقة، والقذف، والعدوان. هنا ينقسم المدعى عليه إلى ثلاثة أقسام: فإن المتهم إما أن يكون بريئاً، ليس من أهل التهمة، أو فاجراً من أهلها، أو مجهول الحال، لا يعرف الوالي، والحاكم حاله. فإن كان بريئاً، لم تجز عقوبته اتفاقاً. أما المتهم له فعقوبته على قولين: أصحهما يعاقب صيانة كتسلط أهل الشر، والعدوان على أعراض البراءة.

القسم الثاني:أن يكون المتهم مجهول الحال، لا يعرف ببر، ولا فجور. فهذا يحبس حتى ينكشف حاله عند عامة علماء الإسلام.

القسم الثالث: أن يكون المتهم معروفا بالفجور، كالسرقة، وقطع الطريق، والقتل، ونحو ذلك. فإذا جاز حبس المجهول، فحبس هذا أولى)[٦٠].

٦- قال الحنابلة في باب الصلح:(ليس للمالك التصرف في ملكه بما يضر جاره، نحو أن يبني فيه حماماً بين الدور، أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة، يهزالحيطان، ويخربها، أو يحفر بئراً إلى جانب جاره يجتذب ماءها.....، لقول النبي ﷺ "لا ضرر ولا ضرار"[٦١]، ولأنه تصرف يضر

(٥٩) تبصرة الحكام ١٥٢/٢-١٥٣.
(٦٠) الطرق الحكمية لابن القيم (١٠١-١٠٤).
(٦١) سبق تخريجه: ص (٩).

بجيرانه فمنع منه، كالدق الذي يهز الحيطان. وليس له سقى أرضه بما يهدم حيطانهم، وإن كان له سطح أعلى من سطح جاره، فعلى الأعلى بناء سترة بين ملكيهما، ليدفع عنه ضرر نظره إذا صعد سطحه)[٦٢].

نرى من هذه النصوص أنه يمنع الإنسان قضاء من أساء استعمال حقه في الرجعة، والرضاع، والتوكيل بالخصومة، وتوجيه اليمين إلى المدعى عليه.

ثانياً: في القانون المدني والتطبيقات القضائية:

وهناك أمثلة ذكرها فقهاء القانون، وقضايا حكمت فيها المحاكم، ضد المتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير، ونصوص مدنية في القانون، نذكر منها ما يلي:

١- نصت المادة (١١٣٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي:(للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً، ما لم يكن تصرفه مضراً بغيره ضرراً فاحشاً، أو مخالفاً للقوانين، أو النظم المتعلقة بالمصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة)[٦٣].

٢- ونصت المادة (١١٣٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي:(حجب الضوء عن الجار يعد ضرراً فاحشاً، فلا يسوغ لأحد، أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره، سداً يمنع الضوء عنه، وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعاً للضرر).

٣- قضت محكمة ليون الاستئنافية في ١٨ أبريل سنة ١٨٥٦م: بأن المالك الذي يقوم بعمل حفرة في أرضه، لمجرد منع وصول الماء، إلى أرض جاره، ومالك الطاحونة القائمة، إلى جوار طاحونة أخرى، إذا رفع فجأة أبواب

(٦٢) المغني لابن قدامة ٥٧٢/٤، الكافي لابن قدامة ٢١٧/٢.
(٦٣) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (٢٥٨).

الأحواض من غير مقتضى، إلا حجز الماء عن طاحونة جاره، وتعطيلها عن العمل. والمالك الذي يقيم على حدود ملكه جداراً، يصل ارتفاعه إلى الطبقة الثالثة من عقار جاره، بحيث يحجب النور عن الغرفة المواجهة له، إذا لم يكن له من إقامة هذا الجدار منفعة حقيقية(٦٤).

٤- قضت محكمة النقض والإبرام البلجيكية: بإزالة إعلان من النور، في قضية تتلخص وقائعها: أنه كان هناك محلان تجاريان كبيران، في بقعة مزدحمة آهلة بالسكان، أقام صاحب أحد المحلين إعلاناً من النور، فأقام الآخر على الفور إعلاناً مشابهاً له تماما، حجب الإعلان الأول عن أنظار الخارجين من محطة تقع بالقرب من المحلين(٦٥).

٥- وقضت محكمة كولمار الاستئنافية الفرنسية في ٢ مايو سنة ١٨٥٥م: بهدم مدخنة أقامها المالك بسطح منزله، تواجه تماماً نافذة جاره بقصد إيذائه، وقد قام قضاؤها على أسباب أهمها: من حيث المبادئ العامة، تقضى بأن حق الملكية هو حق مطلق، يبيح لصاحبه استعمال ما يملك استعمالاً سليماً، أو أن يسيء استعماله، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق، يجب أن يكون لاستعماله ثمة مصلحة جدية مشروعة، إذ تأبى قواعد الأخلاق، والعدالة، تأييد ما يصدر عن سوء طوية، وما يقترف عن مجرد هوى جائر، ولم يحقق لصاحبه منفعة شخصية، ولكن يحدث ضرراً جسيماً للغير(٦٦). وقد تبع هذا الحكم أحكاما عديدة تقضي بذات المبدأ، والأسباب.

---

(٦٤) ملاحق لكتاب نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني ملزمة ٤/٧، الوجيز في الحقوق المدنية د.عدنان القوتلي (٣٢٠)، النظرية العامة للالتزامات د. حسن الذنون (٢٦٦)، النظرية العامة للحق د. محمد سرور (٣٢٠)، النظرية العامة للقانون د. مصطفى الجمال (٣١٦).

(٦٥) النظرية العامة للالتزامات د. حسن الذنون (٢٦٦).

(٦٦) المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية لحسين عامر(٢٦٧)، التعسف في استعمال الحق د. محمد شوقي السيد (٣١٣).

٥- وقضت محكمة الاستئناف المختلطة المصرية في ١٧ أبريل سنة ١٩١٧م: بأن المالك يكون مسؤولاً، إذا لم يستعمل حق ملكيته، إلا بقصد الإضرار بجاره. وبأنه يترتب على الأعمال التي يباشرها المالك، للإضرار بجاره بغير ما يبررها من موجبات الضرورة، أو بغير منفعة حقيقية، تخويل الجار الحق في التعويض. وأنه لا يجوز استعمال الحق، إذا كان الغرض الأساسي منه هو الإضرار بالغير.

وإن استعمال الحق بقصد جلب منفعة شخصية لصاحبه، أمر شرعي لا غبار عليه، ولو أدى إلى ضرر الغير، أما إذا كان القصد من استعمال الحق هو مجرد الإضرار بالغير، فهو غير مباح قانوناً؛ لأن قصد الإضرار بذاته سبب غير شرعي، يجرد الحق من مشروعيته(٦٧).

٦- نصت المادة (٢/٨١٨) من القانون المدني المصري في سنة ١٩١٩ على أنه: (ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي، إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط). والجزاء على مخالفة هذا الحكم يكون إما بمنع المالك من هدم الحائط، أو بإعادة بناء الحائط بعد هدمه(٦٨).

٧- قضت محكمة الاتحاد السويسري: أن المستأنف الذي يستعمل حقه، في تقديم الاستئناف ضمن مدته، ولكنه لا يقدمه إلا في آخر الأوقات، مع استطاعته وإمكانه تقديمه قبل ذلك، ولم يتأخر إلا بقصد واحد، هو الإضرار بالمستأنف عليه، يعتبر متعسفاً في استعمال حقه(٦٩).

(٦٧) المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية لحسين عامر (٢٦٧).
(٦٨) النظرية العامة للقانون للدكتور مصطفى الجمال (٣١٧).
(٦٩) الوجيز في الحقوق المدنية د. عدنان القوتلي (٣٢٣).

المبحث الثالث
استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة

عرف التعسف بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل(٧٠).

وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض، أو المصلحة التي من أجلها شرع؛ لأن قصد ذي الحق في العمل، هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع؛ ومعاندة قصد الشارع عيناً باطلة، فيكون باطلاً بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك.

ومقتضى هذا المعيار، أنه لا يكفي أن تكون المصلحة، التي ينشدها صاحب الحق من وراء استعماله لحقه ذات نفع له، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة أيضا؛ لأن الحقوق إنما شرعت لتحقيق غايات نبيلة، ومصالح عامة، أو خاصة، ولم تشرع عبثاً، أو لمجرد التلهي بها، أو لقصد الإفساد، وإلحاق الأذى بالغير، فينبغي أن يستعمل الحق في الغايات المشروعة، التي منح الحق من أجلها، ولا يجوز أن يستعمل الحق لغير غاية أبداً، أو فيما لم يشرع ذلك الحق من أجله، فإذا استعمل الحق، في غير ما شرع من أجله، لم يكن الاستعمال مشروعاً، وكان ضرباً من ضروب التعسف في استعمال الحقوق(٧١).

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين: حكم اعتبار هذا المعيار، وأمثلة تطبيقية على هذا المعيار.

---

(٧٠) انظر: ص (٣).

(٧١) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدريني (٢٥٢)، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي للأستاذ الشيخ عيسوي أحمد عيسوي (٩٩)، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام محمد سوار ١٠٢/١.

المطلب الأول
حكم اعتبار هذا المعيار

لم يعتبر الإمام أبو زهرة هذا النوع، حيث اعتبر المنافع غير المشروعة حراماً في ذاتها، فقال: (وأما الفقرة من المادة (٤٥) من القانون المصري: وهي ما إذا كانت المصالح غير مشروعة، فإن من يفعل ذلك، لا يعد ابتداء قد استعمل حقه، حتى يعتبر قد أسيئ استعماله، لأن المنافع غير المشروعة حرام في ذاتها، فتكون ممنوعة في الإسلام، بأصل عدم المشروعية)[٧٢].

ويمكن الرد على ذلك: بأن كلامنا هنا عن المصالح المشروعة في أصلها، أسيئ استعمالها فأصبحت غير مشروعة، فالنظر هنا إلى مآلات الأفعال، وذواتها، وليس إلى ذات الأفعال فقط؛ لأن الأفعال إذا كانت ممنوعة أصلاً، فهي محرمة الإتيان بها، أما إذا كانت الأفعال جائزة، ومشروعة، فإنها تمنع في حالة إساءة استعمالها، من باب سد ذريعة الفساد، ولهذا فما قاله الإمام رحمه الله تعالى لا يدخل في هذا المعيار؛ لأن الأصل في الأفعال، والمصالح أنها مشروعة، إلا أنها استعملت في غير وجهها المشروع فمنعت.

لقد قال فقهاء القانون، والقوانين المدنية، والقضاء بهذا المعيار، فقد جاء في القانون المصري المادة (٥/جـ)، والأردني المادة (٦٦)[٧٣]، والقطري المادة (٦٢)[٧٤]، والبحريني المادة (٢٨)[٧٥]، والعراقي المادة (٢/٧)، ما نصه: (يكون استعمال الحق غير

(٧٢) التعسف في استعمال الحق للأستاذ محمد أبو زهرة (٩٧)، بحث مقدم لمهرجان الإمام ابن تيمية المنعقد في دمشق ١٣٨٠هـ/١٩٦١.
(٧٣) المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني ٨١/١.
(٧٤) القانون المدني (٢٠).
(٧٥) القانون المدني (٨).

مشروع في الأحوال التالية:..... (جـ) إذا كانت المصالح، التي يرمي إلى تحقيقها، غير مشروعة)[٧٦].

ولقد فصلت المادة (١٠٦) من قانون المعاملات الإماراتي نطاق استعمال الحق، وأوجبت الضمان على من استعمل حقه استعمالاً يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، فنصت على أنه:(١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع. ٢- ويكون استعمال الحق غيرمشروع:أ- إذا توفر قصد التعدي.ب- إذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، أو القانون، أو النظام العام، أو الأداب)[٧٧]

إلا أننا نلاحظ أن القانون المدني الجزائري، وصف استعمال الحق بأنه "تعسفي"[٧٨]، ولم يصفه بأنه استعمال "غير مشروع"، خلافاً للقوانين المدنية العربية، وهذا الوصف أكثر دقة في التعبير عن مقصوده، من اعتبار "استعمال "الحق"، إذ هو ذو طبيعة متميزة عن طبيعة "الخطأ" المولد للمسؤولية التقصيرية.

وهذا بخلاف وصف استعمال الحق بأنه "غير مشروع"، فإنه يوحي بأنه فعل يجاوز حدود الحق الموضوعية، أو أنه غير مشروع أصلاً، كصورة من صور الخطأ، بينما استعمال الحق فعل مشروع في الأصل.

فإذا استعمل الشخص حقه، لا لمجرد الإضرار بالغير، بل لمصلحة شخصية له، تتناسب مع الضرر الذي يسببه للغير، فإن ذلك لا يكفي لنفي إساءة استعمال الحق، إذا كانت المصلحة التي يرمي إليها مصلحة غير مشروعة، وذلك لأن الحقوق إنما تقررت لأصحابها، ليحققوا بها مصالح يحميها القانون، لتحقيق مصالح مشروعة، فمن يستعمل

(٧٦) مدونة القانون المدني لعوض عبد التواب ٢٦/١، التعليق على نصوص القانون المدني أنور طلبة ١٤/١، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل أنور العمروس (٢٩).
(٧٧) قانون المعاملات المدنية (٣٠).
(٧٨) ملاحق لكتاب نظرية التعسف للأستاذ الدكتور فتحي الدريني، ملزمة ٦/١.

حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة، مهما عظمت هذه المصلحة، يسيء استعمال حقه، ويعد مخطئاً خطأ يستوجب مسؤوليته، عما يسببه ذلك من ضرر بالغير(٧٩).

لقد آثر القانون المدني، استخدام عبارة "المصلحة غير المشروعة" على التعبيرات الأخرى التي يرى أنها أقل وضوحاً منه، كالهدف الاجتماعي للحق، أو الغرض غير المشروع.

فالغرض غير المشروع، يتلخص في أن صاحب الحق يكون متعسفاً في استعمال حقه، إذا كان الغرض الذي يرمي إليه غرضاً غير مشروع، والظاهر أن معيار "المصلحة غير المشروعة" خير من معيار "الغرض غير المشروع"؛ وإذا كان كلاهما يؤدي إلى نتيجة واحدة، فإن معيار "المصلحة غير المشروعة"، هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي، الذي ينطوي عليه معيار "الغرض غير المشروع"، فهو إذن أدق من ناحية الانضباط، وأسهل من ناحية التطبيق.

أما معيار الهدف الاجتماعي، فإنه يتلخص في أن الحقوق أعطاها القانون لأصحابها، لتحقيق أهداف اجتماعية، فكل حق له هدف اجتماعي معين، فإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه، عن هذا الهدف، كان متعسفاً، وحقت مسؤوليته.

وعيب هذا المعيار – معيار الهدف الاجتماعي– على الرغم من كونه موضوعياً، هو صعوبة تحديد الهدف لكل حق من الحقوق، ثم خطر هذا التحديد: أما صعوبة التحديد، فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي، أو اقتصادي، يكون منضبطاً إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم، ويتقي به تشعب الآراء.

وأما خطر التحديد، فلأن الهدف الاجتماعي، هو الباب الذي ينفتح على مصراعيه، لتدخل منه الاعتبارات السياسية، والنزعات الاجتماعية، والمذاهب المختلفة،

(٧٩) نظرية التعسف للأستاذ عيسوي عيسوي(٤٤)، التعسف في استعمال الحقوق لحسين عامر(٦٠٧)، العمل غير المشروع د. محمود حمزة (٩٥)، شرح القانون المدني د. سليمان مرقس ٣٥٦/٢.

مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة، وهذا فيه من الخطر ما فيه. أما معيار "المصلحة غير المشروعة" فهو أبعد عن التحكم، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة(٨٠).

أقول: تعليقاً على ما تقدم: إن تعبير "المصلحة غير المشروعة" نفسه يظل مع ذلك غير واضح كل الوضوح.

ومعيار المصلحة غير المشروعة، وإن كان معياراً مادياً من حيث الظاهر، إلا أن الدوافع، أو البواعث النفسية، هي التي توجه الاستعمال إلى تحقيق تلك المصلحة، فالتلازم قائم بين الدافع النفسي غير المشروع، والمصلحة غير المشروعة، فكان معياراً مادياً في ظاهره، شخصياً ذاتياً في باطنه، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون بقولها: "وإذا كان المعيار –معيار المصلحة غير المشروعة– في هذه الحالة مادياً في ظاهره، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة"(٨١). فالنية السيئة، أو نية الإضرار في حد ذاتها، تجعل العمل المشروع في ذاته غير مشروع.

ولا يقتصر هذا المعيار على ما يكون تحقيقه من مصلحة مخالفاً لأحكام القانون، بل تكون المصلحة غير مشروعة، إذا ما تعارض تحقيقها مع النظام العام، أو الآداب العامة، أو المقتضيات الاقتصادية، والاجتماعية(٨٢).

(٨٠) الوسيط للسنهوري ٨٤٧/١، الحق ونظرية التعسف لإسماعيل العمري (٢١٠-٢١١)، المدخل إلى علم الحقوق لهاشم القاسم (٢٧٦)، التعسف في استعمال الحق لمحمد شوقي السيد (٢٧٦).

(٨١) القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٩/١-٢١٠، مدونة القانون المدني لعوض عبد التواب ٢٧/١، التعليق على نصوص القانون المدني لأنو طلبة ١٥/١، القانون المدني د. احمد إبراهيم (٨).

(٨٢) ملاحق لكتاب نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني، ملزمة ٣١/٤، القانون المدني د. أحمد إبراهيم (٨)، المسؤولية المدنية لحسين عامر (٢٧٢)، أصول الالتزامات في القانون المدني د. مختار القاضي (١٣٠)، المدخل إلى نظرية القانون، ونظرية الحق د. إبراهيم أبو الليل (١٩٦).

ويمكن أن ينتقد هذا التفسير للمصلحة غير المشروعة، من حيث إنه يسلب الكثير من قيمته، وجدواها؛ لأن تمثيل المصلحة غير المشروعة، بما يخالف أحكام القانون، أو النظام العام، والآداب العامة، لا يكون قد ضيق معنى المصلحة غير المشروعة، إلى حد لم يبق معه مجال للتقدير فحسب – اللهم إلا ما تعلق بتقدير النظام العام، والآداب العامة– بل يكون في الواقع ومن حيث النتيجة، قد سلب النظرية في معيارها المادي الكثير من قيمتها؛ لأن الخروج على أحكام القانون، أو مبادئ النظام العام، والآداب، يمكن أن يعتبر بحد ذاته سبباً مباشراً، لمؤاخذة الشخص الذي يستعمل حقه بهذه الغاية، دون الحاجة للجوء إلى نظرية التعسف؛ لأنه يكون قد تجاوز في ذلك الحدود المرسومة لحقه بنص، أو قيد قانوني.

فقد نص القانون المدني[٨٣] المصري مثلاً في المادة (٧٧٦)، والقانون المدني الإماراتي في المادة(١١٤٤) على أن: (على المالك ألا يغلو في استعمال حقه، إلى حد يضر بملك الجار....)، فوضعا بذلك قيداً قانونياً في عدم الغلو في استعمال الحق، من شأنه أن يجعل المخالف معتدياً، ومتجاوزاً حدود حقه، وبالتالي مسؤولاً دون حاجة للرجوع إلى نظرية التعسف.

بل لقد ذهبت بعض الأنظمة إلى القول: (إن التعسف في استعمال الحق، طريقة استثنائية منحها الشارع، لمن يذهب ضحية استعمال حق ليست هنالك ثمة سبيل أخرى لإبطالها)، بمعنى أنه ليس هناك مجال للجوء إلى التعسف، ما دام هناك سبيل لرفع الضرر، سواء بنص قانوني، أم قيد خاص، وسواء بأي سبب آخر[٨٤].

(٨٣) القانون المدني هو: القانون الذي ينظم الروابط الخاصة بين الأفراد في المجتمع، سواء كانت هذه الروابط أسرية، أو روابط مالية.أو: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأفراد المدنية فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين الدولة، باعتبارها شخصاً عادياً، وذلك بغض النظر عن أعمالهم أو مهنهم، فالجميع أمام أحكامه سواء. انظر:المدخل لدراسة القانون د. رأفت محمد حمادة (١٠٧)، الوجيز في مبادىء علم القانون د.عبدالرزاق حسين يس (٣٩).

(٨٤) التعسف في استعمال الحق لمحمد أبو زهرة (٩٧)، المدخل إلى علم الحقوق لهاشم القاسم (٢٧٦)، المسؤولية المدنية لحسين عامر (٢٧٢)، الوجيز في الحقوق د. عدنان القوتلي (٣٣٦).

ويجاب على هذا الانتقاد: بأنه محل نظر؛ لأننا لو سلمنا أن استعمال الحق فيما يخالف حكماً من أحكام القانون، أوالنظام العام، أو الآداب العامة، لا يعد تعسفاً في الاستعمال، وإنما تجاوزاً لحدود الحق، ويكون صاحب الحق في هذه الحالة متعدياً، لا متعسفاً في استعماله، للزم من ذلك القول بأن ما نص عليه القانون في المادة (٥) من القانون المدني المصري، يعد بمثابة قيود فرضها المشرع، على استعمال كل الحقوق، وإن عدم التقيد بها، يشكل خروجاً على حدود كل حق، وليس تعسفاً في استعماله، وبالتالي تنهار نظرية التعسف من أساسها.

أضف إلى ذلك أن الذين قالوا: إنه تجاوز عن حدود الحق، قد اختلفوا في التطبيق، فمثلاً: يذهب البعض إلى أن منع المالك، من مضار الجوار غير المألوفة، يعتبر بمثابة قيد على حق الملكية، وأن مخالفته تشكل تجاوزاً لحدود الحق، لا تعسفاً في استعماله، ويراه البعض الآخر تعسفاً في استعمال الحق(٨٥).

ويرى البعض: أن فصل رب العمل للعامل، لمجرد انتمائه إلى نقابة العمال تعدياً؛ ومجاوزة لحدود الحق، الذي نتج لصاحب الحق من تعاقده مع العامل، في حين أن البعض الآخر يرى: أن استعمال رب العمل حقه في إنهاء عقد العمل، بدافع الانتقام من العامل – وقد يكون سبب هذا الدافع إلى الانتقام من العامل، هو انتماؤه: إلى نقابة العمال، تسعى لحماية حقوقه – يعد تعسفاً في استعمال هذا الحق على هذا النحو، وإذا ما انتفى هذا الدافع انتفى التعسف(٨٦).

ثم إن هناك فرقاً بين التعسف، وتجاوز الحق، من حيث الفعل، والجزاء، فالفعل في حالة التجاوز ممنوع لذاته، وغير مشروع ابتداء، فالمتجاوز للحق يكون مخالفاً لجوهر الحق، وذاته، فهو ممنوع بكل حال، أما في حالة التعسف، فالفعل مشروع بحسب أصله،

(٨٥) الوجيز في الحقوق د. عدنان القوتلي (٣٣٨)، الوظيفة الاجتماعية للملكية لمحمد حنبولة (٦٥٠).
(٨٦) محاضرات في المدخل إلى العلوم القانونية لأحمد سلامة (١٤٨)، مسؤولية الممتنع لحبيب الخليلي (١٤٧).

فهو غير محظور ابتداء والتصرف يكون في نطاق ذات الحق، وجوهره، لكن اقترانه بوصف غير مشروع – وهو الإضرار بالغير– نقله من نطاق الإباحة إلى حيز المنع(٨٧).

هناك من يأخذ على عبارة القانون المدني، وقولهم المصالح التي "يرمي" إلى تحقيقها؛ لأن كلمة "يرمي"، أو "يتوخى"، تتضمن في ذاتها عنصراً نفسياً من عناصر القصد، والنية، أو الرغبة على الأقل، وكلها من العناصر التعسفية المعنوية، أو الذاتية، بحيث لو أردنا أن نتمسك بظاهر اللفظ، لأجزنا لمستعمل الحق، أن يقيم الدليل على عدم توخيه هذه المصالح غير المشروعة، وبالتالي لعدنا بشكل غير مباشر إلى المعيار الشخصي، أو الذاتي.

ويجاب عن ذلك: أن المذكرة الإيضاحية عندما قالت: إن اعتبار المصالح غير مشروعة، لا يقتصر على مخالفة أحكام القانون، بل يشمل كذلك مخالفة المنفعة المتوخاة للنظام العام، والآداب العامة، وحين أضافت أن النية كثيراً ما تكون دليلاً على عدم المشروعية. تكون قد ضيقت حدود النظرية أكثر مما يمكن أن يستفاد من عمومية النص وإطلاقه، كما تكون قد أرادت أن لا تخرج بعيداً عن المعيار الشخصي، أو الذاتي، إلى المعيار المادي البحت(٨٨).

المطلب الثاني
أمثلة تطبيقية على هذا المعيار

أولاً: في الفقه الإسلامي:

لا خلاف بين الفقهاء، في أن استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة غير مشروعة، يعتبر تعسفاً في استعمال الحق، لا يجوز؛ لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها

(٨٧) نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني (٤٩-٥١)، نظرية التعسف للأستاذ عيسوي عيسوي (٢٩).
(٨٨) الوجيز في الحقوق المدنية د. عدنان القوتلي (٣٣٧).

الشريعة، وهدم لقواعدها، وإنما الخلاف في التطبيق، وفي الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف القصد، أو الباعث.

ولهذا المعيار تطبيقات على جانب كبير من الأهمية في نطاق حقوق الأسرة، كالحقوق التي تتضمنها الولاية على النفس، أو المال، والحقوق التي يتضمنها التوكيل بالزواج، ونورد بعض التطبيقات الفقهية لهذا المعيار:

١- **حق الولاية على النفس والمال:** شرعت الولاية على النفس، والمال، لرعاية مصلحة المولى عليه، وتحقيق الخير له، وصلاح أمره، في نفسه وماله.

ولذلك تثبت في الشريعة الإسلامية، لمن كان شأنه الحرص على منفعة المولى عليه، بسبب ما بينهما من قرابة، ونحوها، مما يستوجب الشفقة، والعطف، وحسن الرعاية، فإذا استعمل الولي هذا الحق، في غير ما شرع من أجله، كان متعسفاً في هذا الاستعمال، فلا ينفذ تصرفه، ولا يترتب عليه أي أثر.

ومن شواهد ذلك من المسائل الفقهية في المذهب المالكي ما يأتي:

أ-**جاء في المدونة: (**أرأيت إن زوج الصغيرة أبوها، بأقل من مهر مثلها، أيجوز ذلك عليها في قول مالك؟ قال: سمعت مالكاً يقول: يجوز عليها نكاح الأب، فأرى إن زوجها الأب بأقل من مهر مثلها، أو بأكثر، فإن ذلك جائز، إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها. قال: ولقد سألت مالكاً امرأة، ولها ابنة في حجرها، وقد طلق الأم زوجها عن ابن له منها، فأراد الأب أن يزوجها من ابن أخ له، فأتت الأم إلى مالك، فقالت له: إن لي ابنة وهي موسرة مرغوب فيها، وقد أصدقت صداقاً كثيراً، فأراد أبوها أن يزوجها ابن أخ له معدماً لا شيء له، أفترى لي أن أتكلم؟ قال: نعم، أرى لك في ذلك متكلما. قال ابن القاسم: فأرى أن نكاح الأب إياها جائز، إلا أن يأتي من ذلك ضرر

فيمنع من ذلك)[٨٩].

ب–**وجاء في المدونة أيضاً:** (قلت: أرأيت إن زوج ابنته وهي بكر، ثم حط من الصداق، أيجوز ذلك على الابنة في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا يجوز للأب أن يضع من صداق ابنته البكر شيئاً، إذا لم يطلقها زوجها. قال ابن القاسم: وأرى أن ينظر في ذلك، فإن كان ما صنع الأب على وجه النظر، مثل أن يكون الزوج معسراً بالمهر، فيخفف عنه وينظره، فذلك جائز على البنت؛ لأنه لو طلقها، ثم وضع الأب النصف، الذي وجب للابنة من الصداق، أن ذلك جائز على البنت، فإما أن يضع من غير طلاق، ولا على وجه النظر لها، فلا أرى أن يجوز ذلك له)[٩٠].

ومن هذه النصوص، يتضح أن الإمام مالكا، جعل للأب حق تزويج ابنته الصغيرة، بأقل من مهر مثلها، إذا كان ذلك من مصلحتها، فإذا انعدم في تصرفه وجه المصلحة انعداماً تاماً، كان لمن يعنيه أمر الصغيرة أن يخاصم الأب في ذلك؛ لأنه استعمل حقه، على وجه لا يحقق المصلحة، فكان متعسفاً.

كذلك حكم الإمام مالك، بأن ليس للأب أن يحط من مهر ابنته؛ لأن الحط من مهرها، ليس فيه مصلحة لها، فلا يملكه الأب، وقد أدار ابن القاسم الحكم على المصلحة، فقال: إن كان الحط في مهرها ليس فيه مصلحة لها، فلا يملكه الأب، وإن كان فيه مصلحة لها، فإنه يجوز[٩١].

ومن هذا يتضح أن الحق الممنوح للأب في أن يزوج ابنته القاصر دون رضاها، أو أن يحط من مهرها، لا يمكن أن يمارس إلا في حدود مصلحتها؛ لأن الحقوق التي تتضمنها الولاية على النفس، إنما منحت لتحقيق هذه الغاية.

---

(٨٩) المدونة الكبرى ٤/٥.
(٩٠) المصدر السابق ٤/٩.
(٩١) انظر: نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ عيسوي احمد عيسوي (١٠٠).

ج- **من المقرر عن الإمام مالك،** أن البكر البالغة الراشدة، ليس لها أن تتزوج دون إذن وليها، فإذا تزوجت بغير إذن وليها، فزواجها باطل، لقوله ﷺ: "أيما امرأة نكحت بدون إذن وليها فنكاحها باطل"(٩٢)، ولأن البكر لا تتوافر لها الدراية الكافية بالرجال، فلا تحسن اختيار الزوج المناسب، لكن إذا تعسف الأب في استخدام حق الرفض دون سبب معقول، كأن يتمادى في رفض خطابها، من غير مبرر معقول، يكون عاضلاً لها، ولا يكون قد قصد تحقيق المصلحة، أو الغاية التي تقرر حقه في الولاية من أجلها، ويكون من حقها أن ترفع أمرها إلى القاضي، فإذا رأى أن رفض الولي لا يستند إلى أساس مقبول، كان له الحق في تزويجها دون إذن وليها الخاص.

جاء في المدونة: (قلت: أرأيت البكر إذا رد الأب عنها خاطباً واحداً، أو خاطبين، وقالت الجارية في أول من خطبها للأب: زوجني، فإني أريد الرجال، وأبى الأب، أيكون الأب في أول خاطب رد عنها معضلاً لها؟ قال: أرى أنه ليس يكره الآباء على إنكاح بناتهم الأبكار، إلا أن يكون مضاراً، أو معضلاً لها، فإن عرف ذلك منه وأرادت الجارية النكاح، فإن السلطان يقول له: إما أن تزوج، وإما زوجتها عليك. قلت: وليس في هذا عندك حد في قول مالك في رد الأب عنها الخطاب الواحد، أو الاثنين، قال: لا نعرف من قول مالك في هذا حد، إلا أن تعرف ضرورته وإعضاله)(٩٣).

د-**ومن تطبيقات هذا المعيار في المذهب الشافعي،** ما أورده الإمام الشافعي في الأم: (يجوز أمر الأب على البكر في النكاح حظاً لها، وغير نقص عليها، ولا يجوز إذا كان نقصاً لها، أو ضرراً عليها، كما يجوز شراؤه، وبيعه عليها، لا ضرر عليها في البيع، والشراء، من غير ما لا يتغابن أهل البصر فيه. ولو زوج رجل ابنته عبداً له، أو لغيره، لم يجز النكاح؛ لأن العبد غير كفء، فلم يجز، وفي ذلك عليها نقص بضرورة،

(٩٢) سنن أبي داود ٢٢٩/٢، سنن ابن ماجه ٥٠٦/١، سنن الترمذي٣٩٨/٣-٣٩٩، ح(١١٠٢)، قال الترمذي:هـذا حديث حسن.
(٩٣) المدونة الكبرى ١٢/٤.

ولو زوجها غير كفء، لم يجز؛ لأن في ذلك عليها نقصاً، ولو زوجها كفؤاً أجذم، أو أبرص، أو مجنوناً أو خصياً مجبوباً، أو غير مجبوب، لم يجز عليها؛ لأنها لو كانت بالغاً، كان لها الخيار إذا علمت هي بداء من الأدواء)[٩٤].

هـ- وفي المذهب الحنفي: فقد وقع الاتفاق بين أبي حنيفة، وصاحبيه، على صحة هذا المبدأ، وهو أن تصرفات الولي، منوطة دائماً بمصلحة المولى عليه، فيشترط لصحة تصرف الولي في مال القاصر، أو نفسه، أن يكون ذلك التصرف في مصلحة القاصر، وعلى وجه النظر له. ولكن وقع الخلاف بين الإمام، وصاحبيه في بعض تطبيقات هذا المبدأ.

فقد قال الإمام أبو حنيفة:(يجوز للأب، أو الجد، أن ينقص من مهر ابنته الصغيرة، وأن يزيد في مهر امرأة ابنه الصغير، ولو كان النقص، أو الزيادة، مما لا يتسامح الناس فيه عادة، ولا يجوز ذلك لغير الأب، والجد من الأولياء.

وقال الصاحبان: لا يجوز الحط من مهر الصغيرة، ولا الزيادة في مهر زوجة الصغير، إلا بما يتغابن الناس فيه عادة، سواء كان ذلك من الأب، أو الجد، أو غيرهما)[٩٥].

ووجهة ذلك عندهما: أن الولاية مقيدة بشرط النظر للقاصر، فعند فواته يبطل العقد، والحط من مهر الصغيرة، والزيادة على مهر امرأة الصغير، ليس من النظر في شيء، فلا يجوز ذلك كما في بيع مال القاصر. وعلل مذهب الإمام أبو حنيفة: بأن الحكم يدار على دليل النظر، وهو قرب القرابة، وفي النكاح مقاصد تربو على المهر. أما المالية فهي المقصود المالي، والدليل عندهما في حق غيرهما.

(٩٤) الأم للإمام الشافعي ٥/٢٠.
(٩٥) الهداية للمرغيناني ١/٢٠٢، شرح فتح القدير ٣/٣٠٣، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٣١.

وقد وضح ذلك الكمال بن الهمام بقوله: (ولأبي حنيفة أن النظر، وعدمه في هذا العقد، ليسا من جهة كثرة المال، وقلته، بل باعتبار أمر باطن، فالضرر كل الضرر بسوء العشرة، وإدخال كل منهما المكروه على الآخر، والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد، وأمر المال سهل غير مقصود فيه، بل المقصود فيه ما قلنا، فإذا كان باطناً يعتبر دليله، فيعلق الحكم عليه، ودليل النظر قائم هنا، وهو قرب القرابة الداعية إلى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهراً، بخلاف غير الأب، والجد من العصبات والأم، لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الأم، وهذا معنى قوله: والدليل عدمناه في حق غيرهما، فلا يصح عقدهم لذلك....أما المال فهو المقصود في التصرف المالي، لا في أمر آخر باطن، ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال، فلذا لا يجوز تزويجه أمتهما بغبن فاحش، لأنه إضاعة مالهما، لأن المهر ملكهما، ولا مقصود آخر باطن يصرف النظر إليه، فلا يعول عليه، ويدل على ذلك تزويج النبي ﷺ، فاطمة من علي بأربعمائة درهم، ولا شك في أنه دون مهر مثلها، لأنها أشرف النساء، فيلزم إلا مهر أكثر منه، بل إلا هو أقل منه، أو أنها دون مهر مثلها، الأول منتف، فيلزم الثاني)[٩٦].

وهذا التوجيه من الجانبين يدل على اتفاق الإمام، وصاحبيه، من حيث المبدأ، فشرط صحة التصرف عندهم جميعاً، هو رعاية مصلحة الصغير، والخلاف إنما هو في تقدير تلك المصلحة.

ومما يؤيد أن الإمام، وصاحبيه، يتفقون على أن تصرفات الولي، أو الوصي – سواء كان أباً، أو جداً، أو غيرهما– في مال القاصر يشترط في صحتها أن تكون على وجه النظر، والمصلحة للقاصر، فلا يجوز للولي، أو الوصي، التبرع بمال القاصر، ولا الإبراء من ديونه، ولا بيع ماله بغبن لا يتسامح الناس فيه عادة.

(٩٦) شرح فتح القدير ٣/٣٠٤-٣٠٥.

٢- **السلطة الزوجية**: ولاية الزوج على زوجته تأديبية، إذ له أن يؤدبها بالضرب، على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر، وهذا الحق ثابت بقوله تعالى: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا﴾(٩٧). فقد بينت الآية الكريمة وسائل التأديب، وإن الزوج يتدرج في الوسيلة، في تأديب زوجته لحملها على طاعته، إذ يبدأ بالوعظ والنصح، فإن لم يجد ذلك هجرها، وولاها ظهره في المضجع، أو انفرد عنها بالفراش، وهجرها وهو في البيت معها، من ليلة إلى ثلاث ليال، لقوله ﷺ: "لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث"(٩٨). فإن لم يجد ضربها ضرباً غير مبرح، بحيث يؤلمها، ولا يكسر لها عظماً، ولا يدمي لها جسماً، ولا يضرب وجهها، لقوله صلى الله عليه وسلم: "فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح".

وقال رسول الله ﷺ: "ألا واستوصوا بالنساء خيراً، فإنما هنَّ عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضرباً غير مبرح، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، ألا لكم على نسائكم حقاً، ولنسائكم عليكم حقاً، فأما حقكم على نسائكم، فلا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون، ألا وحقهن عليكم، أن تحسنوا إليهن في كسوتهن، وطعامهن "(٩٩).

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على جواز ضرب الرجل امرأته، ضرباً غير مبرح، تأديباً، إذا رأى منها ما يكره، فيما يجب عليها فيه طاعته.

---

(٩٧) سورة النساء: آية (٣٤).
(٩٨) صحيح البخاري (٨٤٧)، ح(٦٠٧٧)، صحيح مسلم (١١٢٢)، ح(٦٥٣٢).
(٩٩) سنن الترمذي ٤٥٨/٣، ح(١١٦٣)، سنن ابن ماجه ٥٩٤/١، ح(١٨١٥)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

فقد بينت الشريعة مجال استعمال هذا الحق، وهو النشوز، وهو عصيان الزوجة زوجها، فيما يجب عليها، كما حددت أيضاً الوسيلة والغاية.

ولا يجوز استخدام وسيلة أشد، إن كان صلاح الزوجة يتحقق بوسيلة أخف، كما لا يجوز استعمال الوسيلة أيا كانت، إذا كان يغلب على الظن عدم ترتب المقصود عليها، ولو كانت ضمن الحدود الموضوعية المرسومة عليها شرعاً(١٠٠).

والغاية من التأديب، هو تهذيب الزوجة، وحملها على طاعة زوجها، وإصلاح نشوزها، إذ لا يحل لها النشوز عنه، ولا أن تمنع نفسها منه، وإذا امتنعت منه، وأصرت على ذلك جاز له تأديبها، وحتى ضربها إن لزم.

وإذا رجعت الناشز عن نشوزها، لم يكن لزوجها ضربها، ولا حتى هجرها؛ لأنه إنما أبيحا بالنشوز، فإن زايلته فقد زايلت المعنى الذي أبيحا له ذلك(١٠١).

فولاية التأديب وضعها الشارع حقاً في يد الزوج، لتحقيق غاية معينة، وهي تهذيب الزوجة، وحملها على طاعته، فيجب على الزوج أن يستعمل حقه في ذلك، استعمالاً يطابق الحكمة التي من أجلها تقرر له هذا الحق، فإن ابتغى الزوج من ممارسة حقه، هذا غاية غير التي شرعها الله، كان متعسفاً، وأصبح فعله تعسفياً غير مشروع، لانحرافه عن غاية الحق في التأديب، وذلك كأن يريد به الانتقام، أو مجرد الإيذاء، أو إجبار الزوجة على ارتكاب معصية، أو إكراهها على إنفاق مالها في وجه لا تراه، ففي كل ذلك يكون الزوج قد تعسف في استعمال حقه؛ لأنه لم يكن هدفه تهذيب زوجته، وإصلاحها، وإنما اتخذ من حقه وسيلة، لتحقيق غاية غير التي شرع الله الحق لأجلها، فالحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق

(١٠٠) كشاف القناع ٥/٢١٠، مغني المحتاج ٣/٢٦٠.
(١٠١) الأم للشافعي ٥/١٢، تكملة المجموع للمطيعي ١٥/٦٠٣.

مصلحة غير مشروعة، لأن ذلك يناقض قصد الشارع، من تشريعه هذا الحق، ومناقضة الشارع باطلة، وما يؤدي إليها باطل[١٠٢].

يقول العز بن عبد السلام: (كل تصرف، تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل)[١٠٣].

ونظرية التعسف تقيد الفعل الذي يخوله الحق بكونه لازماً، وملائماً، فهو لازم؛ لأنه لا يحق للزوج أن يلجأ في سبيل تأديب زوجته إلى وسيلة أشد؛ إن كان ذلك ممكناً بممارسة وسيلة أخف، وفي هذا يقول العز بن عبد السلام: (ومهما حصل التأديب بالأخف من الأفعال، والأقوال، والحبس، والاعتقاد، لم يعدل إلى الأغلظ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه، لحصول الغرض بما دونه)[١٠٤].

٣- **الولاية التأديبية على الصغار**: للأب حق تأديب ولده، لقوله صلى الله عليه وسلم: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر"[١٠٥]، وفي رواية: "علموا الصبي الصلاة ابن سبع، واضربوه عليها ابن عشر"[١٠٦]. أي يباح للولي الضرب لابن العشر، إذ إن الصبي ينبغي أن يؤمر بجميع المأمورات، وينهي عن جميع المنهيات.

وما قلناه في السلطة الزوجية، يقال هنا، من وجوب استعمال الحق فيما شرع من اجله، وأنه إذا استعمل لتحقيق غرض غير مشروع، كان تعسفياً فلا يجوز؛ لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه لهذا الحق، ومناقضة الشرع باطلة، وما يؤدي إلى الباطل فهو باطل.

---

(١٠٢) نظرية التعسف في استعمال الحق للأستاذ فتحي الدريني (٢٥٥).
(١٠٣) قواعد الأحكام ١٢١/٢.
(١٠٤) المصدر السابق ٧٥/٢.
(١٠٥) سنن أبي داود ١٣٣/١، ح(٤٩٥)، سنن الدارقطني٢٣٠/١، ح(٢)، سنن الترمذي ٢٥٠/١، ح(٤٠٧)، قال الترمذي:حديث حسن صحيح، وقال الألباني:حسن صحيح، انظر:صحيح سنن أبي داود١٤٤/١.
(١٠٦) المصادر السابقة.

ويشترط في الفعل الذي يتخذه الولي، وسيلة لتأديب الصغير الذي تحت ولايته، أن يكون لازماً، وملائماً، وأن يغلب على الظن أنه يؤدي إلى مقصوده(١٠٧).

وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام: (فإن قيل: إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح، فهل يجوز ضربه، تحصيلاً لمصلحة تأديبية؟ قلنا: لا يجوز ذلك، بل لا يجوز أن يضربه، ضرباً غير مبرح؛ لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة، وإنما جاز، لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب، فإذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف، كما يسقط الضرب الشديد؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد)(١٠٨).

وهذا صريح في وجوب درء التعسف في كل تصرف مشروع، إذا غلب على الظن عدم تحقق الغاية، أو انتفاء الثمرة التي رتبها الشارع على شرعيته، إذ لا عبرة بالوسيلة إذا انتفى المقصد، أو سقط(١٠٩).

ومجال تطبيق هذا المعيار ليس مقصوراً على ما يتعلق بحقوق الأسرة، بل هو كذلك يمتد إلى ما يتعلق بالحقوق المالية، وحق التقاضي، والوكالة، والنكاح، والمعاملات.

ثانياً: في القانون المدني والقضاء:

ومن تطبيقات هذا المعيار في القانون المدني، والقضاء ما يلي:

١- يعتبر رب العمل الذي يستعمل حقه، في فصل العامل متعسفاً في استعمال حقه، إذا كان الفصل بسبب مذهب العامل السياسي، أو عقيدته الدينية، أو بسبب انضمامه إلى نقابة، أو بسبب نشاطه النقابي، إذ يريد رب العمل من وراء ذلك أن يحرم عماله من حقوق مشروعة خولها لهم القانون، فرب العمل هنا قد استعمل حقه المشروع، في سبيل تحقيق مصلحة غير

(١٠٧) نظرية التعسف للأستاذ الدكتور فتحي الدريني (٢٥٧).
(١٠٨) قواعد الأحكام ١٠٣/١.
(١٠٩) نظرية التعسف للأستاذ الدكتور فتحي الدريني (٢٥٧).

مشروعة، فيكون متعسفاً في استعمال حقه؛ لأنه يرمي من وراء ذلك تحقيق مصلحة غير مشروعة(١١٠).

٢- من التطبيقات القضائية:

أ- ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في ٢٧ مارس ١٩٩٤م: من أن الفعل المنسوب إلى الطاعنة يشكل ضرباً من ضروب التعسف في استعمال الحق، فلا يؤثر استعمال المدرسة، أو المديرة حقها استيفاء المصروفات المدرسية، أن تحول دون مستقبل الطلبة، إذ إنها فصلت الطالبتين في وقت معاصر، لأداء الامتحان بحيث لم يعد أمامهما أن يستدركا دراستهما، فاستعمال الحق الذي تدعيه الطاعنة مفوضة من المدرسة يجب أن لا يستعمل بشكل تعسفي، وأياً ما كانت نتيجة الطالبتين نجاحاً، أو رسوباً، فلا يخلو استعمال هذا الحق من التعسف، وأمر النجاح والرسوب يحسب في ترتيب التعويض، كأثر من آثار هذا التعسف.

ب- ما ذهبت إليه محكمة النقض في مصر في أول مارس سنة ١٩٢٨: من أن المراد بالحق المطلق المقرر لحكومة ما، في فصل موظفيها بلا حاجة إلى محاكمة تأديبية، هو تفرد الحكومة بتقدير صلاحية الموظف، واستمرار استعانتها به، أو عدم استمرارها، وليس معناه أن تستعمله على هواها، ذلك أن السلطة التقديرية، وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها، إلا أنها مقيدة من حيث غايتها، التي يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة، والتعسف في استعمالها، ولئن كانت الحكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل، إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به، فإنها تكون أيضاً

(١١٠) مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لعبد الجبار ناجي (٧٠)، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية للدكتور منصور مصطفى ٢٩٧/٢، المدخل إلى علم الحقوق لهاشم القاسم (٢٧٦)، الوسيط للسنهوري ٨٤٦/١.

خاضعة لتقدير القضاء العالي النزيه، ولرقابته، فإذا تبين أنها لا ترجع إلى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة، ولا هي من الأسباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه، أو المنازع في صحتها، وإن من تقدير من وضع بيده الأمر أنه محايد، ونزيه، وغير مطعون في سلوكه، ولا غل له، أو كيد، أو غيض، أو غرض، كان ذلك عملاً غير مشروع، وحققت مسألة الحكومة في شأنه من جميع النواحي(١١١).

٣- المالك الذي يضع أسلاكاً شائكة، أو أعمدة عالية في حدود ملكه، لعرقلة هبوط الطائرات، حتى يفرض على شركة الطيران، التي تهبط طائرتها في أرض مجاورة، أن تشتري منه أرضه بثمن مرتفع. فليس وضع المالك للأسلاك الشائكة، أو الأعمدة العالية في أرضه لتحقيق مصلحة مشروعة، بل لإحراج شركة الطيران، والتضييق عليها، وحملها قصراً على شراء أرضه بمبالغ طائلة. فهذا تصرف في الحق، بدافع غير مشروع، ويستهدف تحقيق مصلحة غير مشروعة(١١٢).

٤- أصدرت محكمة استئناف مصر الوطنية عام ١٩٣١م قراراً جاء فيه: أن نظرية الاعتساف في استعمال الحق، تسمح بأن يكون لصاحب الحق، جواز إنكاره بما يرجع لتقديره هو لظروفه الخاصة به، إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير، ولغير غرض جدي شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار.

وكذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة عام ١٩٤٥م بأن: التعسف في استعمال الحق عمل غير مشروع، إما لأنه قد تم بقصد الإضرار بالغير، وإما

(١١١) التعليق على نصوص القانون المدني لأنور طلبة ١٧/١، الحق ونظرية التعسف لإسماعيل العمري (٢٠٩).
(١١٢) المدخل إلى علم الحقوق لهاشم القاسم (٢٧٦)، الوسيط للسنهوري ٨٤٦/١، ملاحق لكتاب نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني، ملزمة ٣٢/٤، نظرية الالتزام د. سمير تناغو (٣٠٠)، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية د. منصور منصور ٢٩٧/٢، العمل غير المشروع د. محمود حمزة (٩٥).

لأنه انحرف عن الغرض الذي أعطى الحق من أجله، وإما لأنه ألحق بالغير ضرراً جسيماً(١١٣).

نلاحظ أن القضاء هنا قد عبر عن المصلحة غير المشروعة مرة لغير غرض جدي شريف، ومرة بالانحراف عن الغرض الذي أعطى الحق من أجله، ولو عبر عنه بالمصلحة غير المشروعة لكان أولى.

٥- تقضي المادة (١٨٧) مدني جزائري بأنه: (إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع، فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق، أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر)(١١٤).

فالدائن الذي يبتغى من وراء التسبب، في إطالة أمد النزاع إبان مطالبته بحقه، لتحقيق مصلحة لنفسه، هي زيادة مبلغ التعويض، فإن هذا الدافع غير مشروع، والمصلحة التي يريد تحقيقها بهذا الدافع غير مشروعة أيضاً، إذ لا تقوم على سبب مشروع، ولهذا كان الجزاء أن يعامل بنقيض قصده، وهو تخفيض مبلغ التعويض، أو عدم الحكم به إطلاقاً، حسب الأحوال(١١٥).

٦- قضت محكمة الزقازيق الكلية في ٩ مايو سنة ١٩٢٩ بأن: صاحب الحق لا يجوز له أن يستعمله إلا في أغراضه المشروعة الجدية، أما إذا استخدمه في غير ما شرع له، ليقضي لبانة سيئة من طريق النيل من خصمه والتشفي منه، فإنه يمنع من ذلك، ولا يجوز للقاضي تمكينه من المضي في هذا الطريق.

(١١٣) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ٩٦٤/١.
(١١٤) القانون المني الجزائري، قانون رقم ٠٥-١٠ مؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥.
(١١٥) ملاحق لكتاب نظرية التعسف للأستاذ فتحي الدريني، ملزمة ٣٢/٤، المسؤولية المدنية لحسين عامر (٢٧٦).

وقضت أيضاً بأن: التنحي عن الوكالة بقصد تعطيل الدعوى، يعتبر تعسفاً في استعمال الحق(١١٦).

٧- إذا طلب المالك إخلاء منزله من مستأجره، بحجة حاجته للسكن فيه، بعد محاولته زيادة الأجرة، فوق ما يسمح به القانون، وإخفاقه في ذلك(١١٧). فالمالك يكون متعسفاً في استعمال حقه في طلب الإخلاء؛ لأنه يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

٨- ومؤجر العقار، الذي يمتنع من الترخيص في الإيجار، من الباطن لمشتري المصنع الذي أقيم على العقار، بعد أن اقتضت الضرورة، أن يبيع المستأجر هذا المصنع، وذلك لا توقياً لضرر، بل سعياً وراء كسب غير مشروع يجنيه من المشتري(١١٨).

المبحث الرابع
مقارنة بين الشريعة والقانون
في التعسف في استعمال الحق
بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة

نبحث في هذا المبحث، مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، وجزاء التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، بين الشريعة، والقانون.

(١١٦) أصول الالتزامات في القانون المدني د. مختار القاضي (١٣٢).
(١١٧) مذكرات في المدخل للعلوم القانونية د. منصور منصور ٢٩٦/٢، المدخل إلى نظرية القانون د. إبراهيم أبو الليل (١٩٦)، المدخل إلى القانون د. رمضان أبو السعود (٤٣٦).
(١١٨) الوسيط للسنهوري ٨٤٦/١، النظرية العامة للقانون د. مصطفى الجمال (٣١٨).

المطلب الأول
مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

مجال تطبيق النظرية في الشريعة الإسلامية: هو الحقوق الخاصة كلها: كحق الملك، والطلاق، واقتضاء الدين، والتصرف بحق الحياة، على وجه يؤدي إلى الهلاك في غير مقصد شرعي، كالانتحار، والتصرف في المال على وجه التضييع، والعبث ونحو ذلك، وكذلك الحقوق العامة التي اصطلح على تسميتها بالرخص العامة، فكما يرد تعسف الاستعمال في الحق بمعناه الخاص، وهو ما كان صاحبه مختصا به، يرد كذلك على الحريات، والرخص العامة: كحرية التعاقد، وحرية التقاضي، وحرية التجارة، والاجتماع، والمنافسة، والتنقل، وما إلى ذلك من الحريات العامة. كما تجري على سلطة ولي الأمر، والقاضي، والمعلم، وعمال الدولة، وكل من ولى أمراً من أمور الناس.

فإن الأدلة التي تمنع المضارة، والانحراف في الاستعمال، وردت عامة في كل شأن من شؤون الحياة، حتى الأكل، والشرب، والجلوس في الطرقات. فكما يكون التعسف في استعمال حق الملك، والطلاق، يكون كذلك في استعمال حرية المرور، والتنقل، والتعاقد وغيرها. ويكون أيضا في استعمال سلطة الولاية، والقضاء، والتأديب وغيرها[١١٩].

أما القانون الوضعي: فقد اختلف في تحديد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ومجال تطبيقها: فمنهم من يرى مثل جوسران، وأنور سلطان، وإسماعيل غانم: أن مجال تطبيق النظرية، هو الحقوق كلها، والحريات، أو الرخص العامة، فكما يرد تعسف الاستعمال في الحق بمعناه القانوني الدقيق، يرد كذلك على الحريات، والرخص العامة سواء بسواء، وبناء على هذا الرأي يمكن إجراء هذه النظرية على حرية التعاقد، وحرية التقاضي، وحرية التجارة، وحرية الرأي، وحرية الاجتماع، وحرية المنافسة، وما إلى

(١١٩) نظرية التعسف في استعمال الحق لعيسوى عيسوى(٤٦-٤٨)، نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني (٢٨٦).

ذلك من الحريات، أو الرخص العامة، كما تجري في الحقوق الخاصة: كحق الملك، وحق الطلاق، وحق اقتضاء الدين، وحق الدعوى، وغير ذلك من الحقوق بمعناه العام(١٢٠). ،وهذا الرأى يقترب من الشريعة الإسلامية.

ومنهم من يرى مثل السنهوري، وعبد المنعم الصدة، وسليمان مرقس: أن التعسف في استعمال الحق، يرد على بعض الحقوق دون البعض الآخر، فهناك حقوق مقيدة، يرد عليها سوء الاستعمال، فتدخل في نطاق هذه النظرية، وهناك حقوق مطلقة، يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها، دون خضوع هذا الاستعمال لرقابة، أو تعقيب القضاء، وهذه هي "الحقوق المجردة، أو غير المسببة"، أو "الحقوق التقديرية"(١٢١).

ومنهم من يرى أن التعسف، يرد على الحقوق دون الرخص العامة، وهو في باب الحقوق يعم ولا يخص، فلا فرق بين حق وحق، وليست هناك حقوق مطلقة، وحقوق مقيدة، بل هي مقيدة جميعاً فتدخل كلها في نطاق هذه النظرية. وهذا الرأى هو ما أخذ به المشرع المصري، في القانون المدني الجديد(١٢٢). إذ قصر أعمال نظرية التعسف على الحقوق دون الرخص.

يتبين مما سبق أن النظرية تسري في استعمال جميع الحقوق، في الشريعة الإسلامية، بدون تفرقة بينها، بخلاف القانون الوضعي.

(١٢٠) مصادر الالتزام لأنور سلطان٤٣٣/١، محاضرات في النظرية العامة للحق لإسماعيل غانم(١٤٦)، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني لأبي السعود (٦٦٠)، المدخل إلى القانون، نظرية الحق لنبيل سعد(٣٢٥).

(١٢١) الوسيط للسنهوري ٥٤٤/١، مصادر الالتزام للصدة (٣٤٥)، أصول الالتزامات لمرقس ٤٢٤/١، نظرية الالتزام في القانون المدني لأبي ستيت (٣٢٠)، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني لأبي السعود (٦٦٠).

(١٢٢) القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية٢٠١/١، موجز النظرية العامة للحق لمحمد لطفي(٢٦٥)، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني لأبي السعود (٦٦٢)، المدخل إلى القانون، نظرية الحق لنبيل سعد(٣٢٥).

المطلب الثاني
جزاء تعسف استعمال الحق

يترتب على تعسف استعمال الحق في الشريعة الإسلامية جزاء دنيوي، وجزاء أخروي، والجزاء الدنيوي قد يكون مالياً، وقد يكون عينياً، وقد يكون عقوبة تعزيرية(١٢٣):

١- الجزاء المالي: فهو التعويض المدني المحض عما تسببه إساءة التعسف في استعمال الحق، ويلزم من أساء في استعمال حقه، بتعويض الغير عما أصابه من الضرر، بسبب هذه الإساءة، والضرر قد يكون مادياً، وقد يكون معنوياً: فمن أتلف مال غيره يضمن هذا التلف، ومن أجرى الماء في أرضه، بقصد إتلاف زرع جاره، أو أجراها، لري أرضه، وكان إجراؤه للماء غير معتاد، فأدى كل ذلك إلى الإضرار بزرع جاره، كان عليه ضمان ما تلف، وكذلك من أوقد ناراً في يوم عاصف، فأحرق مالاً لجاره، ألزم بالتعويض المالي، عما أصاب الغير من الضرر.

٢- الجزاء العيني: هذا الجزاء له عدة صور، يختلف باختلاف حالات التعسف(١٢٤):

أ- فقد يكون الجزاء، بحرمان صاحب الحق من حقه عقوبة له: وذلك مثل سلب الولاية، من الولي على النفس، أو المال إذا تعسف في استعمال حقه، فأضر بالصغير في نفسه، أو ماله، والحجر على السفيه، وتطليق الزوجة على زوجها، عند مضارتها في مذهب الإمام مالك.

ب- وقد يكون بإلزام صاحب الحق باستعماله: كجبر المحتكر على بيع

(١٢٣) نظرية التعسف في استعمال الحق لعيسوى عيسوى(٤٦-٤٨)، نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني(٢٨٨) نظرية التعسف في استعمال الحق لعبد المقصود شلتوت، بحث مقدم لمهرجان الإمام ابن تيمية (١٩٧-١٩٩).

(١٢٤) نظرية التعسف في استعمال الحق لعيسوى عيسوى(٤٩-٥٠)، نظرية التعسف في استعمال الحق للدريني (٢٨٦).

الطعام للمحتاجين، وجبر الولي على تزويج ابنته، التي عضلها ومنعها من الزواج، وجبر المدين على بيع ماله، لسداد الديون، فإذا أصر كل منهم على الامتناع، قام الحاكم مقامه في ذلك.

ج- وقد يكون بإزالة سبب التعسف بحيث يوقف الضرر الناتج عنها: وذلك كإجبار الجار، على بناء ساتر يمنعه من الاطلاع، والإشراف على عورات جاره، وهدم بئره، التي كانت سبباً في ذهاب الماء من بئر جاره.

د- وقد يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه، منعا للضرر الناتج منه: وذلك كمنع الغاصب من هدم ما بناه في العين المغصوبة، إذا كانت الأنقاض لا تعود عليه بفائدة، ومنع الشريكين من قسمة المال المشترك، إذا كان الآخر يستضر بها.

هـ- وقد يكون بإبطال التصرف الذي يُتعسف استعمال الحق فيه: وذلك كإبطال نكاح التحليل، وبيع العينة، والتفريق بين الزوجين لعدم الكفاءة.

٣- الجزاء التعزيري: يجوز للحاكم، أن يعزر كل من يرتكب معصية، ليس لها حد مقدر في الشرع، سواء كانت تلك المعصية تتعلق بحقوق الله عز وجل، كترك الصلاة، أم تتعلق بحقوق العباد، كمن يؤذي جاره.

والتعسف في استعمال الحق، إذا ترتب عليه ضرر بالغير، جاز للإمام أن يوقع عقوبة تعزيرية، إذا لم ترد فيها عقوبة خاصة، كتعزير المحتكر، فضلا عن جبره على البيع بثمن المثل، أو البيع جبراً عليه إذا أبى، وتعزير من يدعي على أهل الفضل، دعاوى باطلة، لإيقافهم أمام القضاء إيلاماً وامتهاناً.

٤- الجزاء الأخروي: تمتاز الشريعة الإسلامية، بترتيب جزاء أخروي، بجانب الجزاء الدنيوي، على البواعث، أو النيات غير المشروعة، والجزاء الأخروي، أبقى، وأعظم من الجزاء الدنيوي، لما له من أثر بالغ في توجيه النفوس، إلى ضرورة العمل بأحكام الشريعة الإسلامية، واتباع أوامر الله، واجتناب نواهيه.

أما في القانون الوضعي، فإن الجزاء على التعسف في استعمال الحق، هو الجزاء الدنيوي فقط، دون الجزاء الأخروي. والجزاء الدنيوي يختلف باختلاف حالات الإساءة:

أ- فقد يكون الجزاء: هو التعويض عن الأضرار، التي لحقت بالغير من جراء التعسف في استعمال الحق، وهذا التعويض قد يكون: نقدياً، أو عينياً على حسب الأحوال.

ب- وقد يكون الجزاء: بإزالة الضرر الذي وقع، وذلك كالحكم بإزالة حائط بناه شخص على حدود ملكه، لغير مصلحة له، وترتب عليه ضرر لجاره، وكالحكم بإقامة الحائط الذي يهدمه صاحبه مختاراً دون عذر، والحكم بإنهاء حق الارتفاق الذي فقد منفعته.

ج- وقد يكون الجزاء: بمنع صاحب الحق من استعماله بادئ ذي بدء، وهذا الجزاء وقائي؛ لأنه يمنع وقوع الضرر ابتداء، بمنعه مزاولة الفعل، الذي ينتج عنه الضرر، كمنع الخصم من توجيه اليمين، إذا كان متعسفا في توجيهها، ومنع تنازل الوكيل عن وكالته، الذي يقصد به الإضرار بالغير(١٢٥).

(١٢٥) المدخل إلى القانون لأبي السعود(٤٣٧)، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية لمنصور٢/٢٩٧، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني لأبي السعود (٦٦٢)، نظرية التعسف في استعمال الحق لعيسوى عيسوى(٥٠)

الخاتمة

الحمد لله خالق السموات والأرض، أحمده سبحانه وتعالى في جميع الحالات، وأصلي وأسلم على سيد الخلق، رفيع الدرجات، سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، وأسأل الله سبحانه، أن يختم لنا بالباقيات الصالحات.

هذا وبعد أن أتيت إلى نهاية بحثي هذا، الذي مهما بذلت فيه من جهد، فلن ألم بجميع جوانبه نظراً لتشعبه، ولكن يكفي أنني وقفت من خلاله على نتائج تتلخص فيما يلي:

١- إن معيار انتفاء المصلحة المشروعة، وكونه غير مسوغ لصاحب الحق أن يستعمله، يعول عليه أغلب الشراح، باعتباره تعسفاً في استعمال الحق، وقد راعت الشريعة الإسلامية ذلك، كما راعاه فقهاء القانون، ومرد هذا المعيار على: أن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة، بحيث لا يسوغ لصاحب الحق، أن يستعمله في تحقيق أغراض، تتنافى مع تلك الغايات.

٢- إن معيار انتقاء المصلحة المشروعة، يتخذ قرينة على قصد الإضرار بالغير، ولذا يجب منع صاحب الحق، من استعمال حقه على هذا النحو، ومن باب أولى يجب منعه إذا استعمل حقه على وجه سلبي.

٣- إن معيار استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، يعتبر من أبرز حالات التعسف في استعمال الحق، وقد استقر هذا المعيار في الفقه الإسلامي، والفقه الغربي، والقضاء على عدم جوازه، أو عدم الأخذ به.

٤- لقد نصت القوانين الوضعية: على منع استعمال الحق، بقصد الإضرار بالغير، كما في القانون الألماني في المادة (٢٢٦)، والقانون المدني البولوني في المادة (١٣٥)، والقانون المصري في المادة (٥).

٥- يعتبر استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير: معياراً ذاتياً، أو شخصياً بحتاً، إذ إنه يتعلق بالقصد، والنية، بمعنى أنه ينظر أساساً، إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر غيره، دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أي منفعة، كان متعسفاً في هذا الاستعمال.

٦- أن معيار المصلحة غير المشروعة: يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض، أو المصلحة التي من أجلها شرع؛ لأن قصد ذي الحق في العمل، هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومعاندة قصد الشارع عيناً باطلة، فيكون باطلاً بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك.

٧- أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، في الشريعة الإسلامية، أوسع منها في القانون الوضعي، فهي تشمل جميع الحقوق الخاصة، والعامة.

٨- وافقت القوانين الوضعية، الشريعة الإسلامية في الجزاء الدنيوي، سواء أكان مادياً، أو عينياً، أو عقوبة تعزيرية، وزادت الشريعة الإسلامية في الجزاء الأخروي.

وأخيرا أرجو من الله العلي القدير، أن أكون قد وفقت في إظهار هذا البحث كما يجب، وصلى الله على سيدنا محمد، وعلى آله، وصحبه أجمعين.

المراجع

١- القرآن الكريم.

كتب التفسير وأحكامه:

٢- أحكام القرآن: لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، المتوفى سنة (٥٤٣هـ)، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الفكر، بيروت-لبنان.

٣- أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ضبط عبد السلام محمد شاهين، (الإسكندرية:المكتب الجامعي الحديث).

٤- تفسير القرآن العظيم، لأبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشق،، (القاهرة: دار الحديث، ١٤٠٨- ١٩٨٨)، ط١.

٥- تفسير الخازن المسمى لباب التأويل في معاني التنزيل، لعلاء الدين علي بن محمد ابن إبراهيم البغدادي الشهير بالخازن، ضبط عبد السلام محمد شاهين، (بيروت:دار الكتب العربية، ١٤١٥-١٩٩٥)، ط١.

٦- تفسير النسفي المسمى مدارك التنزيل وحقائق التأويل، للإمام عبد الله بن محمود النسفي، ضبط الشيخ زكريا ميرات، (بيروت:دار الكتب العلمية، ١٤١٥-١٩٩٥)، ط١.

٧- جامع البيان عن تأويل آي القرآن: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تحقيق محمود محمد شاكر، دار التربية والتراث، مكة المكرمة.

٨- مختصر تفسير ابن كثير: للشيخ محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، بيروت، الطبعة الخامسة ١٤٠٠هـ.

كتب الحديث:

٩- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: لشيخ الإسلام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ)، تحقيق ونشر عبد الله هاشم اليماني بالمدينة المنورة ١٣٨٤هـ.

١٠- الجامع الصحيح (سنن الترمذي): لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، المتوفى سنة (٢٧٩هـ)، تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م.

١١- سنن ابن ماجه: لأبي عبد الله محمد بن ماجه القزويني، المتوفى سنة (٢٧٥هـ) تحقيق وتعليق فؤاد عبد الباقي، المكتبة الإسلامية، استانبول.

١٢- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، المتوفى سنة (٢٧٥هـ)، مراجعة وتعليق محمد محي الدين عبد الحميد، مكتبة الرياض الحديثة.

١٣- سنن الدار قطني، لعلي بن عمر الدار قطني، (القاهرة: دار المحاسن للطباعة).

١٤- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: للشيخ محمد الزرقاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

١٥- صحيح البخاري، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، (بيروت:دار الكتب العلمية، ١٤١٢-١٩٩٢)، ط١.

١٦- صحيح مسلم، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، (الرياض: دار السلام، ١٤١٩/١٩٩٨)، ط١.

١٧- صحيح سنن أبي داود:للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.

١٨- صحيح سنن ابن ماجه: للشيخ الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

١٩- المستدرك على الصحيحين في الحديث، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، (بيروت: دار الكتاب العربي).

كتب الفقه:

أولاً: الفقه الحنفي:

٢٠- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى سنة (٧٤٢هـ)، المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٥هـ.

٢١- شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، المتوفى سنة (٦٨١هـ)، دار الفكر، بيروت-لبنان.

٢٢- كتاب الخراج: للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٣٩٢هـ- ١٩٧٢ م.

٢٣- كتاب مجمع الضمانات: للعلامة أبي محمد بن غانم بن محمد البغدادي، عالم الكتب، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٢٤- الهداية شرح بداية المبتدئ: لشيخ الإسلام برهان الدين أبي الحسين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، المتوفى سنة (٥٩٣هـ)، المكتبة الإسلامية.

ثانياً: الفقه المالكي:

٢٥- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي ابن أبي القاسم بن فرحون المالكي المدني، المتوفى سنة (٧٩٩هـ)، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان.

٢٦- المدونة الكبرى: للإمام مالك بن أنس الأصبحي، صاحب المذهب المشهور، المتوفى سنة (١٧٩هـ)، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، المتوفى سنة (٢٤٠هـ)، عن الإمام عبد الرحمن القاسم، المتوفى سنة (١٩١هـ)، عن الإمام مالك، دار الفكر، بيروت- لبنان ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م.

٢٧- المنتقى شرح موطأ مالك: لأبي الوليد سليمان بن خلف بن وارث الباجي الأندلسي، المتوفى سنة (٤٧٤هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ١٤٠٣هـ/١٩٨٣م.

٢٨- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، (بيروت:دار الفكر ، ١٤١٢-١٩٩٢)ط٣.

ثالثاً: الفقه الشافعي:

٢٩- الأم: للإمام محمد بن إدريس الشافعي، صاحب المذهب المشهور، المتوفى سنة (٢٠٤هـ)، دار المعرفة، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ.

٣٠- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: للإمام العز بن عبد السلام، تعليق وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجبيل.

٣١- المجموع شرح مذهب الشيرازي: للإمام محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، المتوفى سنة (٦٧٦هـ)، والتكملة للشيخ محمد بخيت المطيعي، مطبعة الإمام بمصر.

٣٢- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: للشيخ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، المتوفى سنة (٩٧٧هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م.

٣٣- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد الرملي الشهير بالشافعي الصغير، المتوفى سنة (١٠٠٤هـ)، دار الفكر، بيروت -لبنان، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤ م.

رابعاً: الفقه الحنبلي:

٣٤- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيم الجوزية، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد،، (بيروت: دار الفكر، ١٣٩٧-١٩٧٧)، ط٢.

٣٥- جامع العلوم والحكم: للإمام أبو الفرج زين الدين عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، المتوفى سنة (٧٩٥هـ)، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٦٩هـ.

٣٦- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: للإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ابن القيم الجوزية، المتوفى سنة (٧٥١هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

٣٧- الفتاوى الكبرى، لأبي العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني الدمشقي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٨/١٩٨٨).

٣٨- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: للإمام العلامة أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المتوفى سنة (٦٢٠هـ)، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٣٩- كشاف القناع على متن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المتوفى سنة (١٠٥١هـ)، دار الفكر، بيروت ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

٤٠- المغني: لابن قدامة المقدسي، على مختصر الخرقي، مكتبة الرياض الحديثة.

كتب الأصول:

٤١- الموافقات في أصول الشريعة: للعلامة إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي، المتوفى سنة (٧٩٠هـ)، دار المعرفة، بيروت-لبنان.

كتب حديثة:

أولاً: في الفقه الإسلامي:

٤٢- ملاحق لكتاب نظرية التعسف: للأستاذ الدكتور فتحي الدريني.

٤٣- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: للأستاذ الدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

ثانياً: في القانون المدني:

٤٤- أصول الالتزامات في القانون المدني: للدكتور مختار القاضي، دار النهضة العربية١٩٦٧م.

٤٥- أصول الالتزامات: سليمان مرقس، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٦م.

٤٦- التعسف في استعمال الحق: للدكتور أحمد النجدي زهو، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٩١م.

٤٧- التعسف في استعمال الحق: للدكتور محمد شوقي السيد، المؤسسة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩م.

٤٨- التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود: حسين عامر، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، الطبعة الأولى ١٣٧٩هـ-١٩٦٠م.

٤٩- التعليق على نصوص القانون المدني: أنور طلبة، دار المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية.

٥٠- التعليق على نصوص القانون المدني المعدل: أنور العمروسي، الطبعة الأولى.

٥١- شرح القانون المدني في الالتزامات: للدكتور سليمان مرقس، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٦٤م.

٥٢- شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات: محمد وحيد الدين سوار، مطبعة دار الكتاب ١٣٩٥هـ-١٣٩٦هـ.

٥٣- العمل غير المشروع باعتباره مصدر الالتزام: للدكتور محمود جلال حمزة ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.

٥٤- القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية: الحكومة المصرية- وزارة العدل الباب التمهيدي، مطبعة دار الكتاب العربي.

٥٥- القانون المدني، معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وأراء الفقهاء: للدكتور أحمد محمد إبراهيم، دار المعارف، الطبعة الأولى ١٩٦٤م.

٥٦- مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود: عبد الجبار ناجي الملا صالح، مطبعة اليرموك الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ-١٩٧٤م.

٥٧- محاضرات في المدخل للعلوم القانونية: أحمد سلامة، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٦٠م.

٥٨- محاضرات في النظرية العامة للحق: إسماعيل غانم، مطبعة نهظة مصر، ١٩٥٣م.

٥٩- المدخل إلى علم الحقوق: هاشم القاسم، مطبعة الإنشاء بدمشق ١٣٨٤هـ-١٩٦٥م.

٦٠- المدخل إلى القانون: للدكتور رمضان محمد أبو السعود، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ١٩٨٤م.

٦١- المدخل إلى القانون، نظرية الحق: للدكتور نبيل إبراهيم سعد، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠١م.

٦٢- المدخل إلى نظرية القانون، ونظرية الحق: للدكتور إبراهيم أبو الليل والدكتور محمد الألفي، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٦٣- المدخل لدراسة القانون نظرية القانون، للدكتور رأفت محمد حماد، والدكتور محمود خيال، ٢٠٠٢-٢٠٠٣.

٦٤- مدونة القانون المدني: معوض عبد التواب، منشأة المعارف بالإسكندرية جلال حزي وشركاه ١٩٨٧م.

٦٥- مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق: للدكتور منصور مصطفى منصور، مكتبة عبد الله وهبة ١٩٦٢م.

٦٦- المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية: حسين عامر، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ-١٩٥٦م.

٦٧- مسئولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، للدكتور حبيب الخليلي، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٦٧م.

٦٨- مصادر الالتزام: للدكتور عبد المنعم فرج الصدة، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة ١٩٦٠م.

٦٩- مصادر الالتزام: للدكتور أنور سلطان، مكتبة دار المعارف، ١٩٦٢م.

٧٠- موجز النظرية العامة للحق: للدكتور محمد حسام محمود لكفي، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٨م.

٧١- نظرية الحق: محمد كمال عبد العزيز، دار الفكر العربي.

٧٢- النظرية العامة للحق: للدكتور محمد شكري سرور، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ١٩٧٩م.

٧٣- النظرية العامة للقانون: للدكتور مصطفى محمد الجمال، الدار الجامعية، بيروت.

٧٤- النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: للدكتور حسن علي الدنون ١٩٧٦م.

٧٥- نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد: للدكتور أحمد حشمت أبوستيت، مطبعة مصر، ط٢، ١٩٥٤م.

٧٦- نظرية الالتزام: للدكتور سمير عبد السيد تناغو، منشأة المعارف، الإسكندرية جلال حزي وشركاه.

٧٧- الوجيز في الحقوق المدنية: للدكتور عدنان القوتلي، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الثالثة ١٣٧٦هـ-١٩٥٧م.

٧٨- الوجيز في مبادىء علم القانون، للدكتور غبدالرازق حسين يس، ط١، ٢٠٠٠-٢٠٠١.

٧٩- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام: للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٥٢م.

٨٠- الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني: للدكتور رمضان أبوالسعود، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.

٨١- الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة: محمد علي حنبولة، مطبعة نهضة مصر ١٩٦٠.

ثالثاً: في الشريعة والقانون:

٨٢- الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق قي الشريعة والقانون: المحامي إسماعيل العمري، مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل، المطبعة الأولى ١٤٠٥هـ-١٩٨٤م.

المعاجم:

٨٣- المعجم القانوني رباعي اللغة: للدكتور عبدالفتاح مراد، الاسكندرية-مصر.

٨٤- معجم المصطلحات القانونية: للدكتور أحمد زكي بدوي، دار الكتاب المصري، القاهرة، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م،

٨٥- معجم المصطلحات القانونية: جيرار كورنو، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.

بحوث:

٨٦- التعسف في استعمال الحق: للأستاذ محمد أبو زهرة، بحث مقدم لمهرجان الإمام ابن تيمية، دمشق، ١٦-٢١ من شوال ١٣٨٠هـ.

٨٧- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: حمدون نور الدين، بحث مقدم لمجلة ملحق القضاء، وزارة العدل، المغرب، العدد (١٧)، نوفمبر ١٩٨٦م.

٨٨- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: للقاضي عبدالمقصود عبدالقادر شلتوت، بحث مقدم لمهرجان الإمام ابن تيمية، دمشق، ١٦-٢١ من شوال ١٣٨٠هـ

٨٩- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: للأستاذ الشيخ عيسوي أحمد عيسوي، بحث مقدم لمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة لخامسة ١٩٦٣م.

القوانين المدنية:

٩٠- القانون المدني لدولة البحرين، الصادر بالمرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١، مطبعة النهرين.

٩١- القانون المدني لدولة الجزائر، قانون رقم ٠٥-٠١ مؤرخ قي ٢٠ يونيو ٢٠٠٥، دار النجاح للكتاب.

٩٢- القانون المدني لدولة قطر، قانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤، ط١، ٢٠٠٥.

٩٣- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المطبعة العصرية.

٩٤- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني، ط٢، ١٩٨٥.