جامعة القاهرة
كلية الحقوق

التعسف
في استعمال حق الملكية
في الشريعة والقانون

دراسة مقارنة

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

سعيد أمجد الزهاوي

لجنة الحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور زكريا البري
رئيس قسم الشريعة الإسلامية
بكلية الحقوق جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور محمود شوكت العدوي
عميد كلية الشريعة والقانون
بجامعة الأزهر

الأستاذ الدكتور نعمان جمعة
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق — جامعة القاهرة

دار الاتحاد العربي للطباعة
لصاحبها : محمد عبد الرازق
١٩ كنيسة الأربعين ش الجيش
تليفون : ٩٣٤٠٩٨

١٣٩٤ — ١٣٩٥ هـ ، ١٩٧٤ — ١٩٧٥ م
القاهرة

وَإِنَّ كُلًّا لَمَّا لَيُوَفِّيَنَّهُمْ رَبُّكَ أَعْمَالَهُمْ إِنَّهُ بِمَا يَعْمَلُونَ خَبِيرٌ . فَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَمَنْ تَابَ مَعَكَ وَلَا تَطْغَوْا إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ .

صدق الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم

تبرير وتقدير

لقد تصديت لهذا الموضوع الخطير وأنا مدرك صعوبة ما أنا مقدم عليه ، ودقة وسعة البحث الذى سأتناوله ، وكاد ذلك أن يصرفنى عن المضى فيه لولا شعورى بشدة الحاجة إلى دراسته دراسة مركزة ، وعدم وقوفى على مؤلف أو بحث صدر فى التعسف فى استعمال حق الملكية بصورة خاصة بعد تسجيل هذه الرسالة . فحملنى هذا وما رجوت من نفع فى إنجاز البحث على ألا أقطع الصلة به قرابة ربع قرن ، رغم كثرة الاعباء والمشاغل التى استأثرت بمعظم وقتى وحالت دون تفرغى للبحث .

ومما حفزنى إلى اختيار هذا الموضوع أهميته العملية البالغة ، التى تأكدت بالنص على نظرية التعسف فى القانونين المصرى والعراقى وقوانين دول عربية أخرى . ولا يسعنى إلا أن اذكر باعجاب إشادة المقنن المصرى بصياغة نظرية التعسف فى الفقه الإسلامى صياغة تضارع دقة وإحكاماً ، إن لم تفق ، أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب ، وبيانه استقاء النظرية من الفقه الإسلامى ، وذلك فى مذكرة المشروع التمهيدى .

وأعرب عن عرفانى بالجميل وعميق تقديرى ، للمرحوم الأستاذ الكبير الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، الذى شجعنى على اختيار هذا الموضوع وأسدى إلى نصائحه الثمينة وزودنى بكتاب توصية إلى إحدى الكليات الأجنبية ، ولجميع الأساتذة الأجلاء الذين تفضلوا بالإشراف على هذه الرسالة ، وأمدونى بإرشاداتهم وتوجيهاتهم القيمة ، أعنى المرحوم الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، والمرحوم الأستاذ الشيخ محمد أبا زهرة ، والأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ، والأستاذ الدكتور حسين حامد ، والأستاذ الدكتور زكريا البرى ، جزاهم الله تعالى خير جزاء .

وأتقدم بجزيل شكرى وفائق امتنانى ، إلى كلية الحقوق فى جامعة القاهرة ، التى غمرتنى بأفضالها وفتحت لى خزائنها العلمية وأبدى القائمون عليها كل عون ومساعدة، وإلى جامعة بغداد التى أتشرف بالانتساب إلى هيئتها التدريسية ، والتى أتاحت لى فرصة إنجاز هذه الرسالة ، بتفضلها بالموافقة على منحى الاجازة الدراسية وتمديدها ، تشجيعاً للبحث العلمى . وأرجو أن اكون عند حسن ظنها، وأن تخرج هذه الرسالة مثمرة ومحققة للغرض المنشود فيها ، وآمل أن تكون نقطة بداية حبوت إليها لينطلق منها الباحثون من بعدى .

تقديم

١ — عرض الموضوع :

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وآله وصحبه أجمعين . وبعد فإنه لاغنى للإنسان عن الحياة فى مجتمع ينتظمه مع سائر أفراد جنسه ، ولكل فرد من أفراد المجتمع مصالحه الخاصة التى قد تتلاقى مع مصالح الآخرين حيث تمس الحاجة إلى التعاون على تحقيق تلك المصالح ،أو تتنافر مع مصالحهم نظراً لتعلق المصالح بمحال واحدة وما جبل عليه الإنسان من حب الاستئثار .

ونجم عن ذلك نشوء العلاقات والروابط الاجتماعية وحدوث الاحتكاكات والاصطدامات بين مصالح أفراد المجتمع الواحد ، وكان لابد من وجود قانون تحكم قواعده تلك العلاقات والروابط وتبين ما لكل فرد وما عليه ، تتحقق فى ظلها مصالح الأفراد وتضمن الحفاظ عليها بمنع طغيان البعض على البعض وتجاوزهم ماهو مقرر لهم وإهدارهم لمصالح الآخرين .

ولاشك أن خروج الفرد عما هو مقرر له من حقوق خاصة أوعامة، وتجاوزه فى استعمال تلك الحقوق على مجال الحقوق المقررة للآخرين ، أو تخطيه الحدود المرسومة موضوعياً لذلك الاستعمال ، هو أمر متفق على منعه فى جميع القوانين وفى جميع الأزمنة تحت اسم منع التجاوز فى استعمال الحق .

ولكن الأمر يبدو مختلفاً عندما يتصرف الشخص ضمن دائرة حقه من غير أى تجاوز لحدوده الموضوعية ويضر مع ذلك بالآخرين ، حيث يرد التساؤل عما إذا كان من الممكن أن يلام ذلك الشخص ويتعرض للمساءلة فى هذه الحالة؟ وعندئذ ما معنى الحماية التى قررها القانون له فى استعماله لحقوقه ، وهل يتنكص له القانون بعد أن أولاه تلك الحماية بسلبه إياها ومنعه من ذلك الاستعمال ؟

وبالمقابل يرد التساؤل أيضاً عما إذا كان الحق يعصم صاحبه من أية مسئولية مهما كان استعماله قاسياً ومجحفاً بحقوق الآخرين ، وهل يمكن أن تصبح الحقوق

الفهرس

الصفحة

تبرير وتقدير ٥ — ٦

تقـديم ٧ — ١٣

فقرة (١) عرض الموضوع (٢) أهمية الموضوع وخطورته
(٣) نظرة تاريخية (٤) وجود النظرية فى الشريعة الإسلامية
(٥) بحث الموضوع (٦) خطة البحث .

باب تمهيدى

نظرة فى الحق والتعسف فى استعماله

(٧) تقسيم . ١٤

الفصل الأول

فكرة عن الحق واستعماله ١٥ — ٥٩

(٨) تمهيد وتقسيم . ١٥

المبحث الأول

الحق فى الفقه الإسلامى ١٦ — ٣٠

(٩) تعريف الحق (١٠) الحق والحكم (١١) مصدر الحق (١٢) حماية الحق (١٣) الحق والمصلحة (١٤) الإختصاص (١٥) غائية الحق (١٦) تقسيم الحقوق (١٧) قيود الحق (١٨) تعقيب .

المبحث الثانى

استعمال الحق فى الفقه الإسلامى ٣١ — ٤٥

(١٩) تمهيد (٢٠) الغرض من خلق البشر (٢١) الحكم الشرعى (٢٢) الأصل فى استعمال الحقوق الإباحة (٢٣) مسوغات تقييد

الصفحة

استعمال الحقوق فى الشريعة (٢٤) الناحيتان الفردية والاجتماعية فى الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك ٤٦ — ٥٩

(٢٥) مفهوم الحق فى القانون (٢٦) مصدر الحق (٢٧) تقسيم الحقوق (٢٨) غائية الحقوق (٢٩) قيود الحق (٣٠) إستعمال الحقوق (٣١) الفردية والإجتماعية فى الأنظمة الوضعية .

الفصل الثانى

فكرة عن حق الملكية وحق التملك ٦٠ — ١٠٤

المبحث الأول

حق الملكية وحق التملك فى الفقه الإسلامى ٦٠ — ٧٧

(٣٢) حقيقة الملك (٣٣) المال والملك (٣٤) أنواع الملك (٣٥) هل تملك الأعيان (٣٦) عناصر الملكية (٣٧) حق الإختصاص (٣٨) أسباب الملك (٣٩) الإختيار فى اكتساب الملك (٤٠) حق التملك (٤١) الحق الخاص والحق العام فى التملك .

المبحث الثانى

مدى حق الملكية وحق التملك فى الفقه الإسلامى ٧٨ — ٨٥

(٤٢) مدى حق الملكية (٤٣) ملكية الأجواء والأعماق (٤٤) القيود التى ترد على استعمال حق الملكية (٤٥) مدى حق التملك (٤٦) تحديد حق التملك وتقييد استعماله .

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك ٨٦ — ١٠٤

(٤٧) التعريف القانونى لحق الملكية (٤٨) الشىء والمال (٤٩) أنواع

الصفحة

الملكية (٥٠) عناصر الملكية (٥١) أسباب كسب الملكية (٥٢) حق التملك (٥٣) مدى حق الملكية (٥٤) القيود التى ترد على استعمال حق الملكية (٥٥) مدى حق التملك والقيود التى ترد عليه .

الفصل الثالث

فكرة عامة عن التعسف فى استعمال الحق ١٠٥-١٧٨

المبحث الأول

فكرة عن التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى . ١٠٥-١٢٣

(٥٦) تمهيد (٥٧) حقيقة التعسف (٥٨) الاعمال بالنيات أو الاساس القصدى (٥٩) لا ضرر ولا ضرار أو الاساس المادى (٦٠) النظر فى المآلات وسد الذرائع والحيل (٦١) قواعد الأخلاق وصلتها بنظرية التعسف (٦٢) النطاق الخاص لنظرية التعسف (٦٣) موضوع النظرية فى الفقه الإسلامى .

المبحث الثانى

بعض النصوص والقواعد الفقهية المتعلقة بالتعسف . ١٢٣-١٥٧

(٦٤) تمهيد (٦٥) فى إنشاء عقود المعاوضات (٦٦) صور من البيوع المنهى عنها (٦٧) تلقى الركبان (٦٨) البيع على البيع والسوم على السوم (٦٩) النجش (٧٠) بيع الحاضر للبادى (٧١) تنفيذ العقود (٧٢) الجوائح (٧٣) فسخ عقد الإيجار بالأعذار (٧٤) مباشرة التبرعات (٧٥) فى النكاح وما يتعلق به - الخطبة (٧٦) الإقدام على عقد النكاح (٧٧) استعمال الحقوق المترتبة على عقد النكاح (٧٨) التعسف فى إنهاء النكاح (٧٩) إساءة استعمال الولاية على النفس (٨٠) إساءة استعمال الولاية على المال (٨١) إساءة استعمال الولاية العامة (٨٢) القاعدة فى الحيل .

المبحث الثالث

نظرية التعسف فى القوانين الوضعية ١٥٨-١٧٨

الصفحة

(٨٣) منهج (٨٤) فى القانون الرومانى (٨٥) فى القانون الفرنسى القديم (٨٦) القانون الفرنسى الحالى (٨٧) دور القضاء الفرنسى فى بناء النظرية (٨٨) النص على النظرية فى قوانين أجنبية (٨٩) فى القانون المدنى المصرى السابق (٩٠) فى القانون المدنى المصرى الحالى (٩١) القانون المدنى العراقى (٩٢) الإنتقادات الموجهة إلى النظرية (٩٣) إنتقاد النظرية شكلا (٩٤) الإنتقادات التى تمس كيان النظرية (٩٥) إنتقاد النظرية من جهة أساسها القانونى (٩٦) الإنتقادات المتعلقة بتحديد مدى النظرية (٩٧) تعقيب .

الباب الأول

معايير التعسف وما يتعلق به والتعسف فى استعمال حق التقاضى

(٩٨) منهج البحث . ١٧٩

الفصل الأول

معايير التعسف فى استعمال الحق ١٨٠-٢٤٢

(٩٩) تمهيد وتقسيم . ١٨٠

المبحث الأول

المعايير القصدية ١٨١-٢٠١

(١٠٠) المعيار الأول: المعيار الغرضى أو مناقضة قصد الشارع (١٠١) سعة هذا المعيار وشموله (١٠٢) معيار مزدوج (١٠٣) تقرير الإمام الشاطبى (١٠٤) تقارير لعلماء آخرين (١٠٥) قواعد متصلة بهذا المعيار (١٠٦) المعيار الثانى: قصد الإضرار (١٠٧) أهمية هذا المعيار (١٠٨) الباعث المختلط (١٠٩) العلم بالضرر (١١٠) تطبيقات فقهية لهذا المعيار (١١١) المعيار الثالث : إنعدام المصلحة الجدية المشروعة فى استعمال الحق (١١٢) سعة

الصفحة

تطبيق هذا المعـــيار وصلته الخاصة بحق الملكية (١١٣) تطبيقات فقهية .

المبحث الثانى

المعايير التى لا علاقة لها بقصد المتصرف ٢٠٢-٢٢٢

(١١٤) المعيار الأول : عدم الحيطة والتبصر أو الإستعمال غير المعتاد (١١٥) عدم الحيطة والتبصر (١١٦) الإستعمال غير المعتاد (١١٧) فائدة هذا المعيار (١١٨) تطبيقات فقهية (١١٩) المعيار الثانى : عدم التوازن بين المصالح المتعارضة والترجيح بينها (١٢٠) معيار موضوعى (١٢١) الضرر الخاص (١٢٢) الضرر العام (١٢٣) إنجبار الضرر (١٢٤) أهمية هذا المعيار (١٢٥) من التطبيقات الفقهية (١٢٦) المعيار الثالث : الضرر الفاحش (١٢٧) طبيعة هذا المعيار (١٢٨) معيار مستقل .

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك ٢٢٣-٢٤٢

(١٢٩) تمهيد ومنهج (١٣٠) المعيار الغرضى (١٣١) معيار قصد الإضرار (١٣٢) إنعدام المصلحة فى استعمال الحق (١٣٣) عدم الإحتياط والتبصر فى استعمال الحق (١٣٤) عدم التوازن بين المصالح المتعارضة (١٣٥) الضرر الفاحش .

الفصل الثانى

أنواع التعسف وتكييفه وإثباته وجزاؤه ٢٤٣-٣٠٥

المبحث الاول

أنواع التعسف ٢٤٣-٢٥٥

(١٣٦) منهج (١٣٧) التعسف الإيجابى والتعسف السلبى (١٣٨) التعسف السلبى المحض (١٣٩) النصوص العامة (١٤٠) النصوص الخاصة

الصفحة

(١٤١) الآثار (١٤٢) تبرير منع هذا التعسف ومعاييره (١٤٣) التعسف المسبب ضرراً مباشراً وغير المسبب له (١٤٤) صور التعسف غير المسبب ضرراً مباشراً للغير .

المبحث الثانى

تكييف التعسف ٢٥٦-٢٧٢

(١٤٥) تمهيد (١٤٦) أنواع الضمان (١٤٧) مباشرة الضرر (١٤٨) التسبب فى الضرر (١٤٩) إجتماع المباشرة والتسبب (١٥٠) التعسف والتعدى أو التعسف والخطأ التقصيرى (١٥١) ظهور التعدى فى معايير التعسف .

المبحث الثالث

إثبات التعسف وجزاؤه ٢٧٣-٢٨٧

(١٥٢) تمهيد ومنهج (١٥٣) نظرة فى الإثبات (١٥٤) الإثبات فى موضوع التعسف (١٥٥) نظرة فى الجزاء (١٥٦) الجزاء الأخروى فى موضوع التعسف (١٥٧) التعزير على التعسف (١٥٨) إزالة عين الضرر أو الجزاء العينى (١٥٩) الضمان أو التعويض بمقابل .

المبحث الرابع

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فيما تقدم فى هذا الفصل ٢٨٨-٣٠٥

(١٦٠) منهج (١٦١) التعسف السلبى (١٦٢) التعسف غير المسبب ضرراً مباشراً (١٦٣) الآراء التى خرجت بتكييف التعسف عن القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية (١٦٤) إرجاع التعسف إلى القاعدة العامة فى الخطأ والمسئولية التقصيرية (١٦٥) مقارنة هذه الآراء بما تقدم فى الفقه الإسلامى (١٦٦) إثبات التعسف (١٦٧) جزاء التعسف .

الصفحة

الفصل الثالث

التعسف فى استعمال حق التملك ٣٠٦-٣٦٠

(١٦٨) تمهيد ومنهج . ٣٠٦

المبحث الأول

التعسف فى استعمال الحق العام فى التملك ٣٠٧-٣١٧

(١٦٩) تمهيد وتقسيم (١٧٠) إحراز المباح (١٧١) أثر الأغراض والمقاصد فى مشروعية إحراز المباح (١٧٢) إعتبار المصلحة العامة (١٧٣) إحياء الموات (١٧٤) تطبيق لنظرية التعسف على التملك بالإحياء رعاية للمصلحة الخاصة (١٧٥) إعتبار المصلحة العامة .

المبحث الثانى

التعسف فى استعمال الحق الخاص فى التملك ٣١٨-٣٣٢

(١٧٦) منهج (١٧٧) تحجير الموات (١٧٨) التعسف فى التحجير (١٧٩) التملك بالشفعة (١٨٠) ظهور مفهوم التعسف فى التملك بالشفعة (١٨١) حق الوالد فى تملك مال ولده (١٨٢) حق من وجه إليه إيجاب بيع فى تملك البيع .

المبحث الثالث

نزع الملكية ٣٣٣-٣٤١

(١٨٣) تمهيد (١٨٤) نزع الملكية للمصلحة العامة (١٨٥) تكييف نزع الملكية (١٨٦) تبرير نزع الملكية (١٨٧) وجه التعسف فى ذلك (١٨٨) نزع الملكية للمصلحة الخاصة .

المبحث الرابع

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك (١٨٩) ٣٤٢-٣٦٠

عرض إجمالى لمحل البحث (١٩٠) الإستيلاء على منقول

الصفحة

لامالك له (١٩١) الاستيلاء على العقار (١٩٢) التملك بالشفعة
(١٩٣) حق من وجه إليه إيجاب بيع (١٩٤) نزع الملكية .

الباب الثانى

التعسف فى استعمال الملكية العقارية

(١٩٥) تقسيم . ٣٦١

الفصل الأول

منع مضار الجوار ٣٦٢-٤٢٥

(١٩٦) تمهيد . ٣٦٢-٣٦٤

المبحث الأول

حقوق الجوار ٣٦٥-٣٧٧

(١٩٧) منهج (١٩٨) التعريف بحقوق الجوار (١٩٨ مكرر ، لوقوع خطأ فى ترتيب الأرقام) النصوص الواردة فى الإحسان إلى الجار (١٩٩) النصوص الواردة فى الامتناع عن إيذاء الجار (٢٠٠) حد الجوار ومراتبه وأنواعه (٢٠١) ما ينبنى على القرب والتلاصق فى الجوار (٢٠٢) الجوار الجانبى والجوار الرأسى (٢٠٣) طبيعة روابط الجوار (٢٠٤) مايترتب على انتهاك روابط الجوار وصلتها بمفهوم التعسف .

المبحث الثانى

منع مضار الجوار

أو التعسف بتسبيب ضرر فاحش ٣٧٨-٣٩٩

(٢٠٥) منهج (٢٠٦) مذهب المالكية فى منع مضار الجوار (٢٠٧) مذهب الحنفية (٢٠٨) مذهب الشافعية (٢٠٩) مذهب الحنابلة (٢١٠) مذهب الظاهرية (٢١١) مذهب الجعفرية (٢١٢)

الصفحة

مذهب الزيدية (٢١٣) مذهب الإباضية (٢١٤) معيار جسامة الضرر (٢١٥) سعة المعيار ومرونته وما يعتبر فى تقدير جسامة الضرر (٢١٦) قدم الضرر وأسبقية السبب المولد له (٢١٧) تلافى وقوع الضرر .

المبحث الثالث

منع مضار الجوار فى القانون

مقارناً بما تقدم فى الفقه الإسلامى ٤٠٠-٤٢٥

(٢١٨) القانون الرومانى (٢١٩) القانون الفرنسى القديم (٢٢٠) القانون الفرنسى الحالى (٢٢١) آراء رجال القانون فى تكييف القضاء المتعلق بمنع مضار الجوار (٢٢٢) مناقشة هذه الآراء ومقارنتها بما تقدم فى الفقه الإسلامى (٢٢٣) القانون المصرى القديم (٢٢٤) القانون المصرى الحالى (٢٢٥) القانون العراقى (٢٢٦) ما يعتبر فى تقدير جسامة الضرر (٢٢٧) أسبقية الإستغلال (٢٢٨) تلافى وقوع الضرر (٢٢٩) أثر الترخيص الإدارى .

الفصل الثانى

التعسف فى استعمال سطح الملك ٤٢٦-٤٧٢

(٢٣٠) تقسيم . ٤٢٦

المبحث الأول

الفروع التى ترجع إلى تطبيق معيار جسامة الضرر ٤٢٧-٤٤٠

(٢٣١) منهج (٢٣٢) ما يصيب الأبنية من أضرار المياه (٢٣٣) ما يصيب الأبنية بسبب الحركات العنيفة والاهتزازات (٢٣٤) تلويث مياه الجار وإفسادها (٢٣٥) أضرار الدخان والحرارة

الصفحة

والرماد (٢٣٦) ضرر الأتربة والغبار (٢٣٧) ضرر الروائح والغازات المؤذية (٢٣٨) الأصوات المزعجة (٢٣٩) المنع من الإستغلال وإنقاص الغلة .

المبحث الثانى

تطبيقات المعايير الأخرى ٤٤١-٤٤٩

(٢٤٠) مناقضة المقصود فى منح الحق (٢٤١) قصد الإضرار (٢٤٢) إنعدام المصلحة فى فعل المالك (٢٤٣) إهمال المالك وعدم التزامه الحيطة والتبصر (٢٤٤) عدم التوازن بين المصالح المتعارضة

المبحث الثالث

صور من التعسف السلبى ٤٥٠-٤٥٧

(٢٤٥) مرجع هذه الصور والتحفظ فى القضاء بها (٢٤٦) دخول ملك الغير لسبب عارض (٢٤٧) إتخاذ ممر فى ملك الغير (٢٤٨) إجراء الماء فى ملك الغير (٢٤٩) تسييل مياه الصرف (٢٥٠) صور أخرى .

المبحث الرابع

التطبيقات فى المجال القانونى

ومقارنتها بما تقدم فى الفقه الإسلامى ٤٥٨-٤٧٢

(٢٥١) ما يرجع إلى اعتبار جسامة الضرر (٢٥٢) تسرب المياه والإهتزازات (٢٥٣) تلويث المياه (٢٥٤) تصاعد وانتشار الدخان والهباب والأتربة (٢٥٥) الروائح والغازات المؤذية (٢٥٦) الضوضاء المزعجة (٢٥٧) استعمال الشىء على خلاف الغاية المقصودة منه (٢٥٨) قصد الإضرار (٢٥٩) إنعدام المصلحة فيما يجريه المالك (٢٦٠) عدم التبصر وترك الاحتياط فى فعل المالك (٢٦١) إنهيار التوازن بين المصالح المتعارضة (٢٦٢) ما يرجع إلى التعسف السلبى .

الصفحة

الفصل الثالث

التعسف فى التعلى واستعمال ما فوق الملك ٤٧٣-٥١٤

المبحث الأول

ما يرجع إلى اعتبار جسامة الضرر ٤٧٣-٤٩٠

(٢٦٣) عرض ومنهج (٢٦٤) حجب الضوء (٢٦٥) ما ورد فى مذهب الحنفية (٢٦٦) ما ورد فى مذاهب أخرى (٢٦٧) منع الريح والشمس (٢٦٨) حجب المنظر (٢٦٩) الإشراف على دار الجار (٢٧٠) ما ورد فى الفقه الحنفى (٢٧١) التكليف ببناء ساتر (٢٧٢) تقابل الضرر والمشاركة فيه (٢٧٣) قدم الضرر وأسبقية الإنشاء (٢٧٤) ما ورد فى الفقه المالكى (٢٧٥) ما ورد فى المذاهب الأخرى (٢٧٦) تعقيب

المبحث الثانى

ما يرجع إلى تطبيق معايير أخرى والتعسف السلبى ٤٩١-٤٩٨

(٢٧٧) إعتبار قصد الإضرار (٢٧٨) إنتفاء المصلحة (٢٧٩) عدم الاحتياط (٢٨٠) الحائط المائل (٢٨١) التعسف السلبى فى استعمال فضاء الملك .

المبحث الثالث

استعمال علو الملك فى المجال القانونى ٤٩٩-٥١٤

(٢٨٢) تقديم (٢٨٣) القيود القانونية المفصلة (٢٨٤) التسوير الجبرى (٢٨٥) ترك مسافات فاصلة (٢٨٦) تقييد فتح المناور والمطلات (٢٨٧) اعتبار جسامة الضرر (٢٨٨) منع الضوء والريح والشمس (٢٨٩) حجب المنظر (٢٩٠) ضرر الإشراف (٢٩١) تطبيق المعايير الأخرى (٢٩٢) استعمال الحق لغرض مخالف لذلك الذى

الصفحة

منح من أجله (٢٩٣) قصد الإضرار (٢٩٤) إنتفاء المصلحة الجدية المشروعة فى استعمال الحق (٢٩٥) الإهمال وعدم التبصر (٢٩٦) التعسف السلبى فى استعمال المجال الهوائى للملك .

الفصل الرابع

التعسف فى الحفر واستعمال أعماق الملك ٥١٥-٥٣٢

المبحث الأول

إعتبار جسامة الضرر ٥١٥-٥٢٠

(٢٩٧) تمهيد (٢٩٨) ما ورد فى مذهب الحنفية (٢٩٩) ما ورد فى مذهب المالكية (٣٠٠) ما ورد فى مذهب الحنابلة (٣٠١) ما ورد فى مذهب الشافعية (٣٠٢) ما ورد فى مذاهب أخرى

المبحث الثانى

تطبيقات لمعايير أخرى والتعسف السلبى ٥٢١-٥٢٤

(٣٠٣) قصد الإضرار (٣٠٤) إنتفاء المصلحة فى الحفر (٣٠٥) عدم التبصر أو التقصير فى الإحتياط (٣٠٦) التعسف السلبى .

المبحث الثالث

التعسف فى استعمال عمق الملك فى المجال القانونى ٥٢٥-٥٣٢

(٣٠٧) تقديم (٣٠٨) إعتبار جسامة الضرر (٣٠٩) ظهور قصد الإضرار (٣١٠) إنتفاء المصلحة (٣١١) الإهمال وعدم الإحتياط (٣١٢) التعسف السلبى .

الباب الثالث

التعسف فى استعمال ملكية المنقولات

(٣١٣) خطة الباب . ٥٣٣

الصفحة

الفصل الأول

التعسف فى ملكية الجمادات ٥٣٤-٥٧٧

(٤١٤) عرض صورتين لهذا التعسف . ٥٣٤

المبحث الأول

تضييع المال وإتلافه ٥٣٥-٥٤٦

(٣١٥) محل ذلك وما يتحقق به (٣١٦) وجه التعسف فى ذلك (٣١٧) النصوص من الكتاب والسنة (٣١٨) ما أورده العلماء فى تفسير الآيات الكريمات (٣١٩) ما ورد فى تضييع المال وشرح الحديث الشريف (٣٢٠) تضييع المال بإيتائه لمن يضيعه (٣٢١) الحجر للسفه (٣٢٢) فى الحجر على السفيه رعاية لمصلحته وإعتبار للمصلحة العامة (٣٢٣) الحجر على السفيه منع لتعسفه .

المبحث الثانى

كنز المال وإحتكاره ٥٤٧-٥٦٧

(٣٢٤) كنز المال (٣٢٥) وجه التعسف فى كنز المال (٣٢٦) أثر الزكاة فى منع التعسف بكنز المال (٣٢٧) النهى عن الشرب والأكل فى آنية الذهب والفضة (٣٢٨) إتخاذ الحلى من الذهب والفضة (٣٢٩) الإحتكار (٣٣٠) النصوص (٣٣١) أقوال الفقهاء فى الإحتكار (٣٣٢) وجه التعسف فى الإحتكار (٣٣٣) جزاء التعسف بالإحتكار (٣٣٤) التسعير (٣٣٥) مذاهب الفقهاء فى التسعير .

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك ٥٦٨-٥٧٧

(٣٣٦) الطابع القانونى الذى يسود الموضوع (٣٣٧) إتلاف المال وتضييعه (٣٣٨) الحجر على السفيه فى القانون الرومانى (٣٣٩)

الصفحة

فى القانون الفرنسى (٣٤٠) فى القانون المصرى (٣٤١) فى القانون العراقى (٣٤٢) كنز المال وتعقيمه (٣٤٣) الإحتكار (٣٤٤) عقوبة الإحتكار والتلاعب بالأسعار .

الفصل الثانى

التعسف فى ملكية الحيوانات ٥٧٨-٦٠١

(٣٤٥) ما ينبغى فى استخدام الحيوانات ووجه التعسف فى ذلك . ٥٧٨-٥٧٩

المبحث الأول

النصوص الواردة فى الإحسان إلى الحيوان ورعايته والنهى عن تعذيبه ٥٨٠-٥٨٦

(٣٤٦) ما ورد فى العطف على الحيوان والإحسان إليه (٣٤٧) الأمر بالإحسان فى القتل والذبح (٣٤٨) أحاديث أخرى فى عدم تعذيب الذبيحة (٣٤٩) النهى عن التمثيل بالحيوان (٣٥٠) النهى عن صبر البهائم واتخاذ ذى روح غرضاً (٣٥١) النهى عن أن تفجع الوالدة بولدها وما جاء فى ذبح صغار الحيوان (٣٥٢) ما ورد فى إطعام البهائم .

المبحث الثانى

أقوال الفقهاء فى هذا الموضوع ٥٨٧-٥٩٣

(٣٥٣) ما ورد فى الفقه الحنفى (٣٥٤) فى الفقه الشافعى (٣٥٥) فى الفقه المالكى (٣٥٦) فى الفقه الحنبلى (٣٥٧) فى الفقه الظاهرى (٣٥٨) فى الفقه الجعفرى (٣٥٩) فى الفقه الزيدى (٣٦٠) فى الفقه الإباضى .

المبحث الثالث

حكم إيذاء الحيوان فى القانون ٥٩٤-٦٠١

(٣٦١) الرفق بالحيوان من الوجهة القانونية (٣٦٢) جمعيات الرفق

الصفحة

بالحيوان (٣٦٣) ما ورد فى قانون العقوبات المصرى (٣٦٤) الأمر العالى الصادر فى ٥ يونيه ١٩٠٢ (٣٦٥) القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦ (٣٦٦) القرار الوزارى رقم ٢٧ لسنة ١٩٦٧ (٣٦٧) ما ورد فى قانون العقوبات البغدادى (٣٦٨) فى قانون العقوبات العراقى الحالى .

الفصل الثالث

ما كان من التعسف فى معاملة الرقيق ٦٠٢-٦٣٨

(٣٦٩) الرق نظام أساسى فى حياة الأمم القديمة . ٦٠٢-٦٠٣

المبحث الأول

الرق فى الشريعة الإسلامية ٦٠٤-٦١٥

(٣٧٠) التعريف بالرق وشخصية الرقيق (٣٧١) أهلية الرقيق (٣٧٢) تبرير مشروعية الرق فى الإسلام (٣٧٣) الحث على العتق وتوسيع أبوابه (٣٧٤) العتق بالقرابة (٣٧٥) الإحسان فى معاملة الرقيق .

المبحث الثانى

منع التعسف فى معاملة الرقيق ٦١٦-٦٢٨

(٣٧٦) إنسانية الرقيق هى المعتبرة فى ذلك (٣٧٧) النهى عن سوء معاملة الرقيق وظلمهم (٣٧٨) النهى عن ضرب المملوك والعتق بالمثلة (٣٧٩) النهى عن إرهاق الرقيق وتكليفهم ما يشق عليهم (٣٨٠) مؤاخذة الملاك بتقصيرهم فى الإنفاق على الرقيق (٣٨١) الإيذاء المعنوى (٣٨٢) التفريق بين ذوى القرابة من الرقيق (٣٨٣) إمساك غير الملائم .

المبحث الثالث

الرق فى القانون الرومانى ٦٢٩-٦٣٨

(٣٨٤) نظام الرق فى المجتمع الرومانى (٣٨٥) أسباب الرق (٣٨٦)

الصفحة

حالة الرقيق (٣٨٧) المشبهون بالرقيق (٣٨٨) زوال الرق (٣٨٩) منزلة العتقاء (٣٩٠) التعسف فى معاملة الرقيق (٣٩١) صور من التعسف فى ظل القانون الرومانى (٣٩٢) خلاصة .

الباب الرابع

التعسف فى استعمال الملكية المشتركة وما يلحق بها

(٣٩٣) تمهيد . ٦٣٩-٦٤٠

الفصل الأول

التعسف فى استعمال الملكية المشتركة الخاصة ٦٤١-٧٢٤

المبحث الأول

القواعد التى تحكم التصرف فى المشترك

وتعسف الشريك فى استعمال حقه ٦٤١-٦٤٩

(٣٩٤) قاعدتان أساسيتان تتجاذبان التصرف فى المشترك (٣٩٥) ما قرره الفقهاء الحنفية فى القاعدة الأولى (٣٩٦) ما قرروه فى القاعدة الثانية (٣٩٧) التوفيق بين القاعدتين (٣٩٨) ربط ذلك بمفهوم التعسف السابق (٣٩٩) التعسف الإيجابى فى التصرف فى المشترك (٤٠٠) معايير التعسف فى استعمال الملكية المشتركة .

المبحث الثانى

صور من التعسف فى استعمال الملكية المشتركة ٦٥٠-٦٦٨

(٤٠١) صور متفرقة (٤٠٢) استعمال الطريق المشتركة الخاصة (٤٠٣) تطبيق القواعد السابقة على هذا الإستعمال وخضوعه لمفهوم التعسف (٤٠٤) إعتبار الغرض المعد له الطريق (٤٠٥) اعتبار الضرر فى استعمال الطريق الخاصة وتطبيقات سائر معايير التعسف فيه (٤٠٦) الإنتفاع بالجدار المشترك (٤٠٧) إعتبار الضرر

الصفحة

فى استعمال الجدار المشترك (٤٠٨) أوجه التعسف فى استعمال الجدار المشترك (٤٠٩) الإنفاق على المشترك (٤١٠) الإجبار على الإنفاق على المشترك (٤١١) وجه التعسف فى الإمتناع عن الإنفاق على المشترك .

المبحث الثالث

التعسف فى القسمة ٦٦٩-٦٨٨

(٤١٢) القسمة (٤١٣) الإجبار على القسمة (٤١٤) ثلاثة احتمالات متصورة فى الشريك وثلاث حالات نص عليها الفقهاء (٤١٥) الحالة الأولى (٤١٦) الحالة الثانية (٤١٧) القول الأول فى هذه الحالة (٤١٨) القول الثانى فى هذه الحالة (٤١٩) القول الثالث (٤٢٠) القول الرابع (٤٢١) مراد الفقهاء بالتعنت فى ذلك (٤٢٢) الحالة الثالثة (٤٢٣) القول بتولى القاضى القسمة إذا طلبها الشركاء (٤٢٤) القول بأن القاضى لا يتولى القسمة فى هذه الحالة (٤٢٥) منع القسمة التى يتضرر بها جميع الشركاء وعدم جوازها (٤٢٦) القول بالإجبار على القسمة وإن تضرر جميع الشركاء (٤٢٧) ما يصار إليه إذا تعذرت القسمة القضائية .

المبحث الرابع

التعسف فى المهايأة ٦٨٩-٦٩٩

(٤٢٨) معنى المهايأة ومشروعيتها (٤٢٩) نوعا المهايأة (٤٣٠) محل المهايأة وبعض أحكامها (٤٣١) الاختلاف فى الإجبار على المهايأة (٤٣٢) ما يبدو لى فى تبرير الإجبار على المهايأة (٤٣٣) التعسف فى طلب المهايأة .

المبحث الخامس

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك ٧٠٠-٧٢٤

(٤٣٤) الملكية الشائعة (٤٣٥) استعمال المشاع والإنتفاع به (٤٣٦)

الصفحة

التعسف فى استعمال حق الملكية الشائعة (٤٣٧) استعمال الطريق المشتركة (٤٣٨) أحكام الطريق الخاص المشترك فى القانون المدنى العراقى (٤٣٩) الجدار المشترك (٤٤٠) الإنتفاع بالجدار المشترك وما يحدثه الشريك فيه (٤٤١) الإنفاق على المشترك (٤٤٢) قسمة المشاع (٤٤٣) المهاياة .

الفصل الثانى

التعسف فى استعمال المشترك العام والإنتفاع به ٧٢٥-٧٧٠

(٤٤٤) تقديم ومنهج . ٧٢٥

المبحث الأول

الإنتفاع بالمرافق العامة ٧٢٦-٧٤٢

(٤٤٥) حقوق الشركاء فيها (٤٤٦) الإختصاص الذى يمكن أن يصاحب الانتفاع بالمرافق العامة (٤٤٧) تشبيه المرافق العامة بالملك المشترك وإطلاق الملك عليها (٤٤٨) الإنتفاع بالمرافق العامة وما يحدث فيها (٤٤٩) إعتبار الضرر (٤٥٠) إعتبار الغرض (٤٥١) إعتبار الغرض العام فى الانتفاع بتلك المرافق (٤٥٢) التعسف فى استعمال الحق فى المرافق العامة (٤٥٣) التعسف السلبى .

المبحث الثانى

الإنتفاع بالماء والكلأ والنار ٧٤٣-٧٥٩

(٤٥٤) المباحات الثلاثة (٤٥٥) أنواع المياه (٤٥٦) الحقوق التى تثبت فيها واحتمالات التعسف فى استعمالها (٤٥٧) الإنتفاع بالمياه (٤٥٨) حق الشفة (٤٥٩) حق الشرب (٤٦٠) منع فضل الماء (٤٦١) منع الكلأ (٤٦٢) منع النار .

الصفحة

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك ٧٦٠-٧٧٠

(٤٦٣) تكييف الحق فى المرافق العامة (٤٦٤) الإنتفاع بتلك المرافق (٤٦٥) فى فرنسا (٤٦٦) فى مصر (٤٦٧) فى العراق (٤٦٨) المياه (٤٦٩) الإنتفاع بالمياه فى القانون المصرى (٤٧٠) ما يثبت فى مياه الترع الخاصة (٤٧١) الإنتفاع بالمياه فى القانون العراقى (٤٧٢) الإشتراك فى الكلأ والنار .

الفصل الثالث

تطبيق نظرية التعسف فيما يتعلق بحقوق الإرتفاق والإلتصاق الصناعى ٧٧١-٨٦٣

(٤٧٣) منهج . ٧٧١

المبحث الأول

تطبيق نظرية التعسف فيما يتعلق بحقوق الإرتفاق ٧٧٢-٧٨٤

(٤٧٤) حقوق الإرتفاق فى الفقه الإسلامى (٤٧٥) الشبه بالإشتراك فى الوضع الناجم عن ثبوت حق ارتفاق (٤٧٦) إستعمال حقوق الإرتفاق (٤٧٧) إستعمال حق الشرب (٤٧٨) إستعمال حق المجرى (٤٧٩) إستعمال حق المسيل (٤٨٠) إستعمال حق المرور (٤٨١) إستعمال حق التعلى .

المبحث الثانى

التعسف فيما يتعلق بالإلتصاق الصناعى ٧٨٥-٨١٢

(٤٨٢) تمهيد (٤٨٣) غزارة بحوث الفقه الإسلامى فى موضوع الإلتصاق الصناعى (٤٨٤) ما ورد من الحديث الشريف (٤٨٥) ما ورد من الآثار (٤٨٦) البناء والغرس فى أرض الغير بمواد مملوكة

الصفحة

البانى والغارس أو لغيره (٤٨٧) حق مالك الأرض فى قطع ما أحدث فيها (٤٨٨) إعتبار مشروعية السبب والتعسف فى طلب قلع المحدثات (٤٨٩) تملك صاحب الأرض البناء والغراس وحق مالكهما فى القلع (٤٩٠) حكم الزرع فى ملك الغير (٤٩١) تملك صاحب البناء أو الغراس الأرض المحدث فيها (٤٩٢) بناء وغرس مالك الأرض بمواد مملوكة للغير (٤٩٣) إلتصاق المنقول بالمنقول .

المبحث الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون فى ذلك ٨١٣-٨٦٣

(٤٩٤) حقوق الإرتفاق فى القوانين الوضعية (٤٩٥) إستعمال حقوق الإرتفاق (٤٩٦) زيادة عبء الإرتفاق (٤٩٧) الإنتقاص من إستعمال حق الإرتفاق أو جعله أكثر مشقة (٤٩٨) تغيير موضع الإرتفاق بطلب مالك العقار المرتفق به (٤٩٩) نقل حق الإرتفاق بطلب مالك العقار المرتفق (٥٠٠) التحرر من حق الإرتفاق إذا فقد منفعته للعقار المرتفق (٥٠١) الإلتصاق الصناعى (٥٠٢) بحثنا لأحوال الإلتصاق الصناعى (٥٠٣) حق مالك الأرض فى طلب قلع وإزالة ما أحدثه الغير فيها (٥٠٤) حق مالك الأرض فى تملك المحدثات (٥٠٥) حق من أقام المنشآت فى قلعها (٥٠٦) الزرع فى ملك الغير (٥٠٧) تملك صاحب المنشآت للأرض المقامة عليها (٥٠٨) ما يحدثه المالك فى أرضه بمواد مملوكة للغير (٥٠٩) التصاق المنقول بالمقول .

خاتمـــة ٨٦٥-٨٩٣

(٥١٠) الطابع العام للتشريع الإسلامى وظهوره فى نظرية التعسف (٥١١) الملامح العامة للبحث (٥١٢) النتائج المستخلصة من

الصفحة

البحث (٥١٣) إستخلاص نظرية للحق فى الفقه الإسلامى (٥١٤) حق الملكية يخضع للتقييد (٥١٥) تناول نظرية التعسف لاستعمال حق التملك والاحتفاظ بالملك (٥١٦) أصالة وسعة نظرية التعسف فى الشريعة الاسلامية (٥١٧) إعتبار فقهاء الشريعة الناحيتين الشخصية والموضوعية وعمق بحوثهم فى صياغة معايير التعسف (٥١٨) التعسف فى استعمال الحق يقوم على أساس التعدى والتقصير أو الخطأ التقصيرى (٥١٩) شمول تطبيقات فقهاء الشريعة لمفاهيم التعسف فى استعمال الملكية العقارية لسطح الملك وعلوه وعمقه (٥٢٠) رعاية المصلحة العامة فى منع تعسف المالك بإتلافه ماله أو تعقيمه وشله عن تحقيق الغرض الذى قصده الشارع فى منح ملكيته ، وبروز الناحية الخلقية فى منع التعسف فى ملكية الحيوان (٥٢١) تطبيق مفاهيم التعسف على استعمال الملكية المشتركة (٥٢٢) ظهور مفاهيم التعسف فى تقييد استعمال المرافق العامة والانتفاع بالمباحات (٥٢٣) الأخذ بمفاهيم التعسف بالنسبة لحقوق الارتفاق (٥٢٤) الأخذ بمفاهيم التعسف فى أحكام الالتصاق الصناعى .

إعتذار ورجاء ٨٩٤

المراجع ٨٩٥-٩٣٠

الفهرس ٩٣١-٩٥١