كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم الشريعة الإسلامية

التعسّف في استعمال حق التقاضي
في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
دراسة مقارنة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من

الباحث/ أنس محمود القطان

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ سعيد سليمان جبر	رئيساً وعضواً
أستاذ القانون المدني بكليـة الحقوق – جامعة القاهرة	
الأستاذ الدكتور/ محمود عوض سلامة	عضواً
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة بني سويف	
الأستاذ الدكتور/ محمود عبد الرحمن محمد	مشرفاً قانونياً
أستاذ القانون المدني بكليـة الحقوق – جامعة القاهرة	
الأستاذ الدكتور/ محمد يوسف حفني	مشرفاً شرعياً
أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة القاهرة	

2015

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء – الآية 58

إهـــداء

إلى من يعجز اللسان عن وصفهم

إلى أهلي وأحبتي

والدي الكريم

بارك الله لنا في عمره

والدتي الحنونة

بارك الله لنا في عمرها

زوجتي الحبيبة الغالية

أولادي

شموع الحياة وأزهارها

فكل كلمات الشكر لا تكفي بحقكم

ولكن كلي أمل في أن أكون كما تمنيتم دائما

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

صدق الله العظيم

سورة النمل – الآية 19

الحمد لله على إحسانه، والشكر له على توفيقه وامتنانه، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله ومن والاه، وانطلاقاً من قول رسول الله ﷺ: "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"[1].

وبعد فضل الله تعالى يتقدم الباحث بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى كل من أسهم في إنجاز هذا العمل بالمشورة، والفكر، والمعاونة، والدعم المعنوي.

كما أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى الأستاذ الدكتور/ **سعيد سليمان جبر** لتفضله عليَّ وقبوله ترأس لجنة مناقشة رسالتي هذه مما كان له أكبر الأثر في نفسي، وإني لأقدم له أسمى معاني الاحترام والتقدير.

وأجد لزاماً علي أن أنسب الفضل إلى أهله وفاءً وعرفاناً، وأتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان إلى من منحني الرعاية الصادقة والتوجيه المخلص منذ اللحظة الأولى من كتابة هذا البحث وحتى خرج بهذا الصورة، وأخص به الأستاذ الدكتور/ **محمود عبد الرحمن محمد** الذي تفضل بالإشراف على هذه

---

(1) رواه الإمام أحمد والبخاري في الأدب المفرد وأبو داود وابن حبان والطيالسي عن أبي هريرة مرفوعا، وهو حديث صححه الألباني.

الرسالة، فكان المقيل من العثرة، والباعث في النفس الهمة والعزيمة كلما وهنت الخطوة، ونعم المعلم والواهب نفسه لخدمة العلم وطلابه، فالله أسال أن يجزيه عني خير الجزاء ويحفظه ذخراً وسنداً لأهله ووطنه.

وشكرى وتقديرى للأستاذ الدكتور/ محمود عوض سلامة على مشاركة سيادته وقبوله ضمن أعضاء لجنة رسالتي، فله مني كل التقدير.

كما أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى الأستاذ الدكتور/ محمد يوسف حفنـي، الذي بدأ معي رحلة البحث في هذه الدراسة حتى تخرج إلى حيز النور، والشكر لسيادته على توجيهاته التي أثرت الرسالة.

والشكر وعظيم الامتنان موصول إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، فلهم مني كل التقدير والعرفان.

أسال الله العلي القدير أن يجزي الجميع عني خير الجزاء، وأن يوفقهم لما يحبه ويرضاه، إنه سميع مجيب.

الفهـــرس

الموضـوع الصفحة

مقدمة..... 14

الفصل التمهيدي: في ماهية الحق الإجرائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 20

تمهيد..... 20

المبحث الأول: في تعريف الحق ومصدره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 22

تمهيد..... 22

المطلب الأول: في تعريف الحق..... 23

الفرع الأول: في تعريف الحق في اللغة..... 24

الفرع الثاني: في تعريف الحق في الاصطلاح..... 29

الفرع الثالث: في تعريف الحق في القانون الوضعي والصلة بينه وبين القانون..... 38

المطلب الثاني: في مصدر الحق..... 50

المبحث الثاني: في استعمالات الحق وقيوده في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 53

تمهيد.....53

المطلب الأول: في استعمالات الحق..... 54

الفرع الأول: في أنواع الحقوق وتقسيماتها لدى شراح القانون.....56

الموضـــوع **الصفحة**

التقسيم الأول: تقسيم الحقوق بالنظر إلى طبيعتها..... 56

التقسيم الثاني: تقسيم الحقوق باعتبار المحل الذي تنصب عليه 57

الفرع الثاني: في أنواع الحقوق وتقسيماتها في الفقه الإسلامي.... 60

الفرع الثالث: في موقع (الحق الإجرائي) في التقسيمات المختلفة للحقوق..... 63

المطلب الثاني: في قيود استعمالات الحق..... 64

الفرع الأول: قيود استعمالات الحق في الفقه الإسلامي..... 65

الفرع الثاني: قيود استعمالات الحق في القانون الوضعي..... 73

الباب الأول

في دور القضاء في الفصل في المنازعات ومدلول التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 80

مقدمـة.....80

الفصل الأول: **في دور القضاء في الفصل في المنازعات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** 82

تمهيـد..... 82

المبحث الأول: **في التعريف بمرفق القضاء وتطوراته** 83

المطلب الأول: في معنى القضاء.....83

المطلب الثاني: في نشأة القضاء وتطوره 92

المبحث الثاني: **في طرق الفصل في المنازعات** 94

الموضـــوع **الصفحة**

تمهيد..... 94

المطلب الأول: في التعريف بالدعوى..... 95

الفرع الأول: في الدعوى ومشروعيتها..... 95

الفرع الثاني: في أركان الدعوى وسببها ومكانها..... 107

المطلب الثاني: في التحكيم..... 113

الفرع الأول: في تعريف التحكيم 114

الفرع الثاني: في مشروعية التحكيم..... 121

المبحث الثالث: في معيار استعمال حق التقاضي 129

تمهيد..... 129

المطلب الأول: في موقف التشريع والفقه والقضاء من معيار استعمال حق التقاضي..... 131

المطلب الثاني: في المصلحة المشروعة كمعيار لاستعمال حق التقاضي..... 136

الفرع الأول: في معنى المصلحة المشروعة..... 137

الفرع الثاني: في ضوابط المصلحة في استعمال حق التقاضي 141

الغصن الأول: في وجود المصلحة في استعمال حق التقاضي..... 141

الغصن الثاني: في مشروعية المصلحة في استعمال حق التقاضي..... 144

الموضـــوع **الصفحة**

الفرع الثالث: في شروط المصلحة في التقاضي..... 148

المبحث الرابع: في نطاق حق التقاضي 153

المطلب الأول: في حق الالتجاء للقضاء..... 153

الفرع الأول: في المقصود بحق الالتجاء للقضاء..... 154

الفرع الثاني: في العلاقة بين حق الالتجاء للقضاء والحق في الدعوى..... 163

المطلب الثاني: في الحق في الدعوى..... 170

الفصل الثاني: في مدلول التعسف وكيفية تقدير المصالح والموازنة بينها في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 212

المبحث الأول: في مفهوم التعسف في استعمال الحق 213

مقدمة..... 213

المطلب الأول: في التعريف بالتعسف في استعمال الحق..... 214

المطلب الثاني: في طبيعة التعسف في استعمال الحق..... 224

المطلب الثالث: في تمييز التعسف في استعمال الحق عما قد يختلط به..... 228

الفرع الأول: في التعسف في استعمال الحق ومجاوزته أو الاعتداء عليه..... 228

الفرع الثاني: في التعسف والاحتيال على القانون..... 232

الفرع الثالث: في التعسف والغش بين الخصوم..... 235

الموضـــوع **الصفحة**

الفرع الرابع: في التعسف وعدم القبول..... 237

المبحث الثاني: في معيار التعسف في استعمال الحق 242

المبحث الثالث: في كيفية تقدير المصالح والموازنة بينها كضابط للتعسف في استعمال الحق 259

المطلب الأول: في تعريف المصلحة..... 261

المطلب الثاني: في أنواع المصالح..... 263

المطلب الثالث: في تغير المصلحة بتغير الزمان والمكان والشخص... 266

الباب الثاني

مظاهر التعسف في استعمال حق التقاضي والتنفيذ الجبري والمسئولية الناشئة عنه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 277

الفصل الأول: مظاهر التعسف في مرحلتي التقاضي والتنفيذ الجبري في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 278

المبحث الأول: في صور التعسف في مرحلتي التقاضي والتنفيذ الجبري 278

المطلب الأول: في التعسف من المدعي..... 279

المسألة الأولى: حكم إمهال المدعي لإحضار بينته الغائبة بالبلد..... 300

المسألة الثانية: مدة الإمهال لإحضار بينة الغائب..... 301

المسألة الثالثة: ما يؤخذ على المدعى عليه من الضمانات

عند طلب المدعي الإمهال..... 304

الموضـــوع **الصفحة**

المطلب الثاني: في التعسف من المدعى عليه..... 326

المطلب الثالث: في مدة إمهال المدعى عليه.....335

المسألة الأولى: مدة الإمهال لإحضار بينة الغائب..... 335

المسألة الثانية: مدة الإمهال في اليمين المردودة..... 338

المسألة الثالثة: طلب المدعى عليه الإمهال في ابتداء

الجواب ومدته..... 342

المسألة الرابعة: طلب المدعى عليه الإمهال في اليمين

ومدته..... 348

المسألة الخامسة: مدة إمهال المدعى عليه للقدح في

شهود المدعي أو لإقامة بينة تشهد بأداء ما عليه من الحق 351

المسألة السادسة: مدة إمهال المدعى عليه لإقامة البينة

(الأداء – القضاء – الإبراء)..... 358

المسألة السابعة: مدة إمهال المدعى عليه لدفع بينة

المدعي..... 360

المبحث الثاني: في التعسف في مرحلة التنفيذ الجبري 364

المطلب الأول: في مظاهر التعسف في طلب التنفيذ الجبري 367

المطلب الثاني: في مظاهر تعسف المنفذ ضده..... 376

الفصل الثاني: في المسئولية الناشئة عن التعسف في استعمال حق

الموضـــوع الصفحة

تمهيد..... 384

المبحث الأول: عناصر المسئولية الناشئة عن استعمال حق التقاضي 386

المطلب الأول: الانحراف عن الغاية المشروعة لحق التقاضي..... 387

المطلب الثاني: رجحان الضرر عن المصلحة من استعمال الحق... 393

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الانحراف بين استعمال الحق والضرر..... 399

المبحث الثاني: آثار المسئولية الناشئة عن التعسف باستعمال حق التقاضي 404

الفصل الثالث

في علاج التعسف في استعمال حق التقاضي 429

المبحث الأول: الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال حق التقاضي 430

المطلب الأول في وسائل وقائية من تلقاء نفس القاضي.... 430

المطلب الثاني في وسائل وقائية بناء على طلب الخصوم... 431

المطلب الثالث في وسائل وقائية من الجانب الديني..... 441

المطلب الرابع في وسائل وقائية من جانب التشريع..... 444

المطلب الخامس في وسائل وقائية من الجانب الاجتماعي... 448

المبحث الثاني: الوسائل العلاجية للتعسف في استعمال حق التقاضي 455

المطلب الأول: الحكم بالغرامة عن التعسف في استعمال

حق التقاضي..... 455

الموضـــوع **الصفحة**

المطلب الثاني: الحكم بالتعويض عن التعسف في
استعمال حق التقاضي..... 462
خاتمة..... 484
النتائج والتوصيات..... 488
قائمة المصادر والمراجع..... 503
الملخص باللغة العربية..... 553
الملخص باللغة الإنجليزية..... 556

مقدمة

الحمد لله العظيم، الخبير العليم، العزيز الحكيم، البر الرحيم، والقاهر لكل متجبر غشوم، متعسف ظلوم، وصلى الله على محمد رسوله الكريم، وبعد:

فقد اهتمت الشريعة الإسلامية – ولها السبق في ذلك – بنظرية التعسف في استعمال الحق انطلاقاً من القاعدة الشرعية التي تقضي بأنه "لا ضرر ولا ضرار"[1]، كما قيدت الشريعة الحقوق الخاصة للإنسان عند استعماله لهذا الحق، حتى لا يضار غيره، سواء توفرت لديه نية الإضرار به أو تجاوز الحدود المألوفة لاستعمال الحق أو لم يراع المصلحة العامة للمجتمع، فالمسلم له استعمال حقه الخاص بشرط ألا يلحق هذا الاستعمال ضرراً بغيره.

واستعمال الحق المشروع ليس مطلقاً، بل مقيد بضوابط معينة، الغرض منها ألا يلحق هذا الاستعمال ضرراً بالآخرين. ومن هذه الضوابط ألا يقصد الإضرار بغيره، وأن يكون هناك تناسب بين المصلحة في استعمال الحق والضرر الواقع على الغير. وقد عمل السلف الصالح بهذه الضوابط في قضائهم، وحدّد الفقه الإسلامي الصور التي يمكن أن يتحقق فيها التعسف، مما يستدعي تدخل القضاء برفع التجاوز في استعمال الحق، وإبطال التصرف، ومن تلك الصور أن يقصد الإنسان من ممارسته لحقه الإضرار بغيره دون مصلحة يجنيها من هذا الاستعمال. ويعد الإنسان أيضا متعسفاً في استعماله لحقه إذا كان يقصد تحقيق مصلحة مشروعة، ولكن يترتب عليها ضرر بغيره أعظم من تلك المصلحة أو مساو لها، والشريعة الإسلامية متوازنة في نظرتها إلى حقوق الإنسان وحرياته، فقد حبا الله الإنسان كثيراً من الحقوق والحريات، ووضعت الشريعة ضوابط تهدف إلى التوفيق بين المصالح المختلفة

---

(1) مسند الإمام أحمد، حديث 2870، ج 1، ص 408. وسنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، حديث (2340، 2341)، ص 335. والحاكم في المستدرك على الصحيحين، ج 2، ص 66، والحديث صححه الألباني في صحيح الجامع، رقم الحديث: 7571، ج 2، ص 1249.

للأفراد، دون إفراط أو تفريط، وهذا هو الفارق بين حياة مجتمع متحضر عن الحياة في الغابات والأدغال. ومن هنا يمكن القول بأن الحقوق والحريات جميعاً لها وظيفة اجتماعية، فالضوابط الموضوعة لها تكفل التوفيق بين مصالح الأفراد المختلفة وبين مصلحة الجماعة. ومن أهم الضوابط التي تقيم توازناً بين مختلف المصالح والحقوق ضابط عدم التعسف في استعمال الحق وخاصة إذا تعلق الأمر بالحقوق الإجرائية.

وقد تعرّض فقهاء المسلمين – جزاهم الله خيرا – لمثل هذه التصرفات، وعالجوها بما يكفل تأديب من صدرت عنه، وإنذار من سولت له نفسه الإقدام عليها، وهذا هو عنوان بحثنا: «التعسف في استعمال حق التقاضي» وقد جمعت فيه شتات ما تفرق في بطون كتب الفقه والقانون ذات الصلة بهذا الموضوع.

ويسهم بحث موضوع تناول التعسف في استعمال حق التقاضي في كشف الغموض الذي يحيط بهذا الحق من كافة جوانبه، وخاصة موقف الفقه الإسلامي من استعمال ذلك الحق على وجهة تضر بالغير من حسنى النية. ومن خلال ما اطلع عليه الباحث من مصادر، تبين له أن هذا الموضوع لم يخصص له الفقهاء مباحث خاصة به في مؤلفاتهم، وظل ذلك الموضوع محصورا في نطاق ضيق لا يتناسب مع دوره الكبير في كفالة الاحترام للقواعد التي يقرها الفقه الإسلامي للتقاضي، والتي تشكل بدورها حجر الزاوية في كفالة الدفاع عن الحقوق والحريات.

أهمية الدراسة:

تبدو أهمية هذه الدراسة في أنها تتعرض لجانب من الجوانب المهمة في القانون الإجرائي، وهو الجانب الخاص باستعمال الإجراءات القضائية بشكل لا يتفق مع الغاية منها، وهذه المسألة لها أهمية كبيرة، لما لها من تأثير مباشر على قيام المحاكم بالدور المنوط بها لتحقيق العدل.

فالتجاء الخصوم إلى أساليب الالتواء والمماطلة، واستخدام الإجراءات القضائية مطية لتحقيق نوايا خبيثة، أمر يضر أبلغ الضرر بتحقيق العدالة، وهو ما يدفع صاحب الحق إلى الإحجام عن خوض معركة قضائية مكلفة وغير مأمونة