دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	دراسات فقهية : صلة مبدأ إعتبار المال بنظرية التعسف في إستعمال الحق في فتاوي مالكية الغرب الإسلامي
المصدر:	مجلة المذهب المالكي
الناشر:	مركز الجنوب للإنماء الثقافى والإنسانى
المؤلف الرئيسي:	حميتو، يوسف
المجلد/العدد:	ع 12
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2011
الشهر:	صيف
الصفحات:	23 - 50
رقم MD:	504087
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	الأحكام الشرعية، الفتاوي الشرعية، نظرية التعسف، النظريات الإقتصادية، المذاهب الفقهية، المذهب المالكي
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/504087

© 2021 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

دراسات فقهية

قولنا الذي تقول به

قال أبو الحسن علي بن إسماعيل الأشعري – رحمه الله – في كتابه "الإبانة عن أصول الديانة" (ص 15):

((قولنا الذي نقول به: وديانتنا التي ندين بها:

- ✓ التمسك بكتاب ربنا عز وجل.
- ✓ وبسنة نبينا محمد صلي الله عليه وسلم.
- ✓ وما روي عن السادة الصحابة والتابعين وأئمة الحديث، ونحن بذلك معتصمون.
- ✓ وبما كان يقول به عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل قائلون، ولما خالف قوله مخالفون)).

صلة مبدأ اعتبار المال بنظرية التعسف في استعمال الحق في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي

د. يوسف حميتو/ الدار البيضاء

تمهيد

حاز مبدأ اعتبار المال اهتماما واسعا في عمل العقل الاجتهادي المسلم، فبسبب حاجة المجتهد والمفتي إلي تحقيق المناط في أحكام الشرع وأفعال المكلفين، لم يكن له بد من البناء عليه في تنزيل أحكام الشرع علي واقع المكلفين، أو في تكييف أفعالهم علي وفق مقاصد الشرع، وذلك باعتبار أن الأمور تحل وتحرم بمآلاتها، إذ المآل ليس شيئاً سوي المصالح والمفاسد المتوقعة، أو الواقعة تقريبا أو تغليبا.

فهذا المبدأ يتسم بسمة علاجية تقوم علي أساس التدخل لحسم مادة الفساد بمجرد تحسس آثارها سواء كانت ناتجة عن قصد مبيت من المكلف، أو كانت ناتجة عن فعل مارسه المكلف في إطار مشروع لكن آلت هذه الممارسة إلي مال ضرري، وسواء كان هذا الضرر واقعا أم متوقعا، فالحكم واحد عملا بمبدأ الاحتياط، وعملا بما يمكن تسميته: بنظرية التعسف في استعمال الحق، التي تجد امتدادها ضمن القواعد الأصولية المشكلة لمبدأ اعتبار المآل.

وفي هذا الإطار، يأتي هذا البحث لاستكناه العلاقة بين مبدأ اعتبار المآل ونظرية التعسف في استعمال الحق من خلال التطبيق الفقهي العمل الذي تجسده كتب الفتوى والنوازل الفقهية خاصة المالكية منها، وذلك باعتبار الخصوصيات الاجتهادية التي تميز بها المذهب المالكي عموما، والفكر النوازلي في بلاد المغرب الإسلامي علي وجه الخصوص.

ولبيان هذه العلاقة سنتناول مكوناتها من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم اعتبار المال.

المطلب الثاني: التعريف بنظرية التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثالث: علاقة نظرية التعسف في استعمال الحق بمراعاة المال.

المطلب الرابع: تطبيقات عملية لعلاقة نظرية التعسف في استعمال الحق واعتبار المال في الفكر النوازلي المغربي.

المطلب الأول
مفهوم اعتبار المال

أولاً: تعريف الاعتبار

الاعتبار لغة: تعددت المعاني اللغوية لمصطلح "الاعتبار" حسب الاستعمال والسياق، وبالمقارنة بين ما ورد في المعاجم اللغوية من معاني لمصطلح الاعتبار، لكن الذي يهمنا منها ما يفيد في الوصول إلي المعني الاصطلاحي لاعتبار المآل، وعلي هذا يكون اعتبار المال هو: المجاوزة من شيء إلي شيء [1]، أو هو: الاعتداد بالشيء في ترتب الحكم ونحوه [2]، والتدبير والنظر للتوصل من معرفة المشاهد إلي ما ليس بمشاهد [3].

كل هذه المعاني تشترك في الدلالة علي معني المجاوزة والعبور، وهذا المعني اللغوي هو أساس بناء مفهوم اعتبار المال، ذلك أن النظر في المال هو مجاوزة الواقع إلي ما هو متوقع للحكم عليه بما يناسب المقصد الشرعي من وضع الأحكام، ولذلك فالعلاقة بين المعني اللغوي للاعتبار ومفهوم اعتبار المال بمعناه التركيبي قوية بالنظر إلي الأثر المقصدي للعمل بمبدأ المالات.

الاعتبار اصطلاحا: عرفه الإمام ابن عاشور فقال: النظر في دلالة الأشياء علي لوازمها وعواقبها وأسبابها [4]. هذا التعريف يشتمل علي بعض المعاني التي يتألف منها مفهوم اعتبار المال باعتبار اللقب، والمقصود بذلك: المصطلحات التي استعملها: أي اللوازم، والعواقب والأسباب، التي هي ذات صلة باعتبار المال، بل هي من ضمائمه. وهو نفس المعني الذي بني عليه الدكتور عبد الكريم عكيوي تعريفه للاعتبار حين قال: (الاعتبار هو: النظر في المسألة مع استحضار نظائرها والالتفات إلي لوازمها ومراعاة نقائضها، مع صحة المناسبة)) [5]، وهو بذلك يراعي معني التوصل إلي الحقيقة قطعا أو ظنا، من خلال الواقع المنظور فيه، مع استحضار وتمثل ما يشبهه ويقاربه من قضايا أخرى منفصلة عنه، وما يترتب عن ذلك من آثار بالنظر إلي ما يعارض هذا الواقع الماثل، مع تحقق الصلة بينهما حقيقة لا وهما.

وعرفه الدكتور أحمد الريسوني فقال: ((الاعتبار هو: الجمع بين النظر في المسألة ودليلها المباشر، والنظر في كل ما له علاقة بها وتأثير في حكمها إثباتا أو نفيا)) [6].

([1]) ينظر لسان العرب (4/ 530).

([2]) المصباح المنير (2/ 390). وهذا هو الأقرب رحما من كل المعاني الأخرى بالمعني الاصطلاحي لاعتبار المال.

([3]) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، للزبيدي، 12/ 511، نقلها الزبيدي عن الفيروز آباذي من كتابه: بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، 4/ 14.

([4]) ينظر: تفسير التحرير والتنوير لمحمد الطاهر بن عاشور، 28/ 72.

([5]) ينظر: نظرية الاعتبار في العلوم الإسلامية، ص: 37.

([6]) نفس المرجع السابق، ص: 37. وأورد الدكتور الريسوني مكونات هذا التعريف في كتابه: نظرية المقاصد عند الشاطبي ص: 353.

بعد النظر في هذين التعريفين، نتبين أن المعني متقارب بينهما، والفرق فقط في الإجمال والتفصيل، إلا أن مفردات تعريف الدكتور الريسوني أدق في الاستعمال بالنظر إلي موضوع "اعتبار المال"، فطبيعة النظر في المالات تتأسس علي النظر في النازلة ارتباطاً بالدليل العام الذي قد يكون نصاً أو اجتهادا، ثم النظر إلي ما يكون من نتائج تنتج عن تنزيل هذا الحكم علي واقع المكلف مع مراعاة الأحوال والملابسات المحيطة به، والعوارض التي قد تعرض له، والتي لها تأثير علي الحكم.

– ثانيا: تعريف المال

المال لغة: مصدر ميمي من ال الشيء يؤول أولاً ومالاً، اذا صار وانتهي ورجع، وقد استعمل في المعاني فقيل: ال الأمر إلي كذا، والموئل: المرجع وزنا ومعني.

وكل المعاجم اللغوية ترد معني المال إلي المرجع والمصير والعاقبة والعود [7]، أما معانيه الأخرى[8] فلا علاقة لها بموضوع البحث، فلا موجب للتطويل بإيرادها.

ومن هذا المعني يكون معني التأويل عاقبة الأمر وما يؤول إليه. قال ابن جرير الطبري: ((واصل التأويل من آل الشيء إلي كذا إذا صار إليه، ورجع، يؤول أولاً، وأولته أنا: صيرته إليه)) [9]، وهذا المعني تؤيده كثير من الآيات الكريمة، ومن ذلك قوله تعالي: (ومَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إلاَّ اللَّهُ) [10]، وقوله سبحانه: (هَذَا تَأْوِيلُ رُءْيَايَ مِن قَبْلُ قَدْ جَعَلَهَا رَبِّي حَقًّا) [11]، فالتأويل في هذه الآيات معناه العاقبة والمصير والمرجع.

المال اصطلاحا: من خلال المعني اللغوي، يمكن استنتاج المعني الاصطلاحي لمفهوم المال، ذلك أنه إذا كان مفهومه اللغوي يفيد معني العاقبة، فإن المراد بالمال اصطلاحا هو: عاقبة ونتيجة الفعل المترتبة عليه سواء كانت خيراً أو شراً، وسواء كان مقصودة لفاعل الفعل أم كانت غير مقصودة منه [12]، فذلك يعني رجوع الفعل إلي حال ينتهي إليها من صلاح أو فساد [13].

([7]) ينظر: أساس البلاغة، 1/ 39 ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس، 1/ 159، والمصباح المنير للفيومي، 1/ 29، ولسان العرب 11/ 32، والقاموس المحيط، 3/ 458..

([8]) من معانيه الأخرى: الإصلاح والسياسة، يقال: آل الرجل رعيته يؤولها إيالة إذا أحسن سياستها، وكذلك معني الأهل: الذين يؤول إليهم المرء، ومعني الختر: أي اجتماع اللبن بعضه إلي بعض المصادر اللغوية السابقة.

([9]) ينظر: جامع البيان في تأويل القرآن، لابن جرير الطبري 6/ 205.

([10]) سورة آل عمران، الآية: 7.

([11]) سورة يوسف، الآية: 100.

([12]) ينظر: قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، للدكتور محمود حامد عثمان، ص: 211.

([13]) ينظر: اعتبار المال ومراعاة نتائج التصرفات، لعبد الرحمن معمر السنوسي، ص: 19.

ثالثا: تعريف اعتبار المال لقبا:

لا نجد في كتب الحدود والتعريفات[14] تعريفاً اصطلاحياً لمفهوم اعتبار المال، بالرغم من أن العلماء والفقهاء كانوا يعملون بمضمونه ومعناه ضمن القواعد الأصولية والفقهية التي كانوا يطبقونها في اجتهاداتهم مثل: سد الذريعة والاستحسان والحيل، وقواعد: "الأمور بمقاصدها"، أو "الأمور بعواقبها" [15]، أو "إذا تقابل المبدأ والمنتهي فما المقدم منهما؟" [16]، و"المتوقع كالواقع" [17]، و"الضرر في المال ينزل منزلة الضرر في الحال" [18].

وبسبب عدم وجود تعريف لاعتبار المال، أو مراعاة المال، أو مالات الأفعال، فقد حاول بعض المعاصرين في أبحاثهم أن يضعوا حداً اصطلاحياً لهذا المفهوم الذي يعد منهجا أصيلا في النظر الاجتهادي؛ فاختلفت تعابيرهم وتباينت معانيهم، بين الموجز والمطيل، ولكنهم جمعاً لم يخرجوا عن الإطار النظري الذي خلص إليه الشاطبي في تأصيله لهذا المبدأ الذي كان عليه عمل المفتين في فتاواهم.

ونختار من هذه التعاريف [19]:

1- **تعريف الدكتور عبد الرحمن السنوسي:** عرفه فقال: ((تحقيق مناط الحكم بالنظر في الاقتضاء التبعي الذي يكون عليه عند تنزيله من حيث حصول مقصده والبناء علي ما يستدعيه ذلك الاقتضاء)) [20].

2- تعريف الدكتور وليد بن علي الحسين: قال: ((الاعتداد بما تفضي إليه الأحكام عند تطبيقها بما يوافق قصد الشارع)) [21].

تحليل التعاريف:

1- تعريف الدكتور السنوسي: ينطلق من البعد المقاصدي والتنزيلي للأحكام، حيث إن مراعاة المال عنده تتجاوز التعدية الآلية للأحكام دون النظر إلي الغايات والمقاصد، والتي قد تفضي إلي نقيض

([14]) مثل: حدود ابن عرفة وتعريفات الجرجاني وكشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي.

([15]) ينظر: المبسوط للسرخسي (13/ 238)، وكشف الأسرار للبزدوي (4/ 369).

([16]) ينظر: قواعد المقري (ص 603)، القاعدة: 390، وتطلق بصيغة تقابل المبدأ والمنتهي.

([17]) ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام: للعز بن عبد السلام، 1/ 92.

([18]) ينظرك شرح الزركشي علي الخرقي 2/ 193.

([19]) هناك تعاريف متعددة كتعريف الدكتور محمود حامد عثمان: يقول: ((اعتبار المال: ملاحظته، والنظر فيه والاعتداد به في تكييف الفعل، وفي تقرير ما يتعلق به من الأحكام الشرعية))، ينظر: قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي (ص 212)، وتعريف الدكتور بشير مولود جحيش: قال: ((التحقق والتثبت مما يسفر عنه تنزيل الحكم الشرعي علي الأفعال من نتائج مصلحية أو ضررية تسهم في تكييف الحكم المراد سياسة الواقع به))، ينظر: في الاجتهاد التنزيلى، للدكتور بشير مولود جحيش (ص 105). وتعريف الدكتور عمر جدية فيه أن اعتبار المال هو: ((اعتبار ما يصير إليه الفعل أثناء تنزيل الأحكام الشرعية علي محالها، سواء أكان ذلك خيرا أم شرا، وسواء أكان بقصد الفاعل أم بغير قصده)). ينظر "أصل اعتبار المال بين النظرية والتطبيق" (ص 36).

([20]) ينظر: اعتبار المالات ومراعاة نتائج التصرفات، ص: 19.

([21]) ينظر: اعتبار مالات الأفعال وأثرها الفقهي، للدكتور وليد بن علي الحسين، صك 37.

مقصود الشرع، لتشمل الاقتضاء التبعي الذي يجب أن يراعي كمعني إضافي قائم بالإحكام، وذلك مثل الرخص المشروعة مما يشعر بإمكانية الاجتهاد علي وفق ذلك.

والتنزيل يتعلق بالجزئيات التي تشكل العوارض الفعلية للأمر في الواقع بحيث يراعي عند التطبيق سلامة النتائج التي يجب بأي حال من الأحوال ألا تناقض مقصد الشارع من الحكم الذي لا يمكن أن يكون إلا وسيلة لتحقيق ذلك المقصد؛ والبناء علي الاقتضاء التبعي يعني بناء الحكم علي وفق ما يقتضيه قصد الشارع من التكليف بالأحكام سواء لمنع المال الضرري أو لترتيب الجزاء عليه.

وهذا التعريف أدق من كل التعاريف السابقة، وذلك بالنظر إلي إنه يشمل تحقيق المناط الثابت بالنص أو الإجماع، وحتى الثابت بالاجتهاد مما يجعل المجال واسعا للتعامل مع القضايا المستجدة والنوازل الطارئة، ولا يخفي هنا ما للشاطبي من أثر في صياغته للتعريف، فالشاطبي يقرر أنه: ((لا بد من اعتبار المسببات في الأسباب)) [22]، ومن ثم فالواجب تكييف الفعل بالمشروعية أو عدمها في ضوء نتيجته المترتبة عليه وفق ما يقتضيه الشرع، ويظهر الأثر الشاطبي أيضا من خلال استعمال السنوسي لمفهوم تحقيق المناط الذي عرفه الشاطبي بقوله: ((أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقي النظر في تعيين محله)) [23]، مما يعني أن مراعاة المال هي تحقيق لمناط الحكم سواء كان هذا المناط عاماً أو خاصاً.

2- تعريف الدكتور وليد الحسين: عبر عن اعتبار المال بمعني الاعتداد الذي هو إحدى ضمائمه اللغوية، والمقصود عنده هو أن يعتد عند الحكم علي المكلف بما يفضي إليه الفعل، فيكون الحكم الشرعي علي الفعل مبنيا علي الاعتبار الأثر الذي يؤول إليه الفعل عند تنزيله وتطبيقه؛ سواء تعلق الأمر بمراعاة المال عند استنباط الحكم فيما لا نص فيه، أو عند تنزيل الأحكام الشرعية علي الوقائع والمكلفين بالنظر إلي القرائن والملابسات المحتفة بحال المكلف وواقعه، بما يتحقق به قصد الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد عن المكلفين، وبما تتحقق به موافقة قصد المكلف لقصد الشارع [24].

وهذا التعريف لا يكاد يغاير تعريف الدكتور السنوسي إلا من حيث الصياغة، وإلا فإن معناهما متقارب، غير أن تعريف الدكتور وليد أكثر بساطة، بينما تعريف الدكتور السنوسي مركب من عدة مصطلحات أصولية يقتضي فهم معني اعتبار المال إدراك معانيها، وقد تنوعت بين مفهوم تحقيق المناط والاقتضاء التبعي.

([22]) ينظر: الموافقات، 5/ 178.

([23]) نظر: الموافقات، 5/ 12.

([24]) ينظر: اعتبار مالات الأفعال، ص: 37

وأعتقد ان تعريف الدكتور وليد الحسين يمكن أن يكون تكمله لتعريف الدكتور السنوسي؛ بل وشرحا له، خاصة وأن الدكتور وليد نفسه في كتابه اعتبار المال لم يعترض علي تعريف الدكتور السنوسي إلا من حيث الصياغة والإجمال والتفسير.

المطلب الثاني

التعريف بنظرية التعسف في استعمال الحق

1- مفهوم النظرية:

- النظرية لغة: مشتقة من معني النظر، ومعناه: الإبصار، وتقليب البصيرة لإدراك الشيء ورؤيته، وقد يراد به التأمل والفحص، أو هو المعرفة الحاصلة بعد الفحص [25].

- النظرية اصطلاحا: عرفها الدكتور وهبة الزحيلي فقال: "النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك" [26].

وجاء في المعجم الفلسفي للدكتور مراد وهبة ما يفيد أنها تنطبق علي مفهوم النسق، فقال: "النظرية مرادفة للنسق"، والنسق: "مجموعة من القضايا المترتبة علي نظام معين، بعضها مقدمات لا يبرهن عليها في النسق ذاته، وبعضها الآخر يكون نتائج مستنبطة من هذه المقدمات)) [27].

وفي المعجم الفلسفي لمجموعة من العلماء مفهوم النظرية هو: ((فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض، ويردها إلي مبدأ واحد يمكن أن يستنبط منه حتما: أحكام وقواعد)) [28].

فالنظرية إذن في حقيقتها إطار عام يجمع بين جزئيات ترتبط فيما بينها رغم اختلاف مجالات تطبيقها واستعمالها، بحيث لا تفسر الوقائع بناء عليها إلا ضمن نسق محدد يقوم علي ربط النتائج بمقدماتها.

2- مفهوم التعسف:

- التعسف لغة: يدل علي معني السير علي غير هدي، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد [29]، وعلي معني الجور والظلم، وهو الأخذ علي غير الطريق [30].

- التعسف اصطلاحا: هذا المصطلح هو من استعمالات المعاصرين من رجال القانون، وانتقل إلي حقل الاصطلاح الشرعي، وقد اختلفت تعابيرهم في الدلالة علي معناه؛ فمنهم من ربط بينه وبين مفهوم التعدي كما هو عند الشيخ محمد أبو زهرة، ومنهم من جعل مناطة هو التصرف غير المعتاد من الإنسان في

([25]) ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس للمرتضي الزبيدي، مادة "نظر"، 14/ 245.

([26]) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، 2/ 7.

([27]) ينظر: المعجم الفلسفي، لمراد وهبة (ص 447).

([28]) ينظر: المعجم الفلسفي، لنخبة من العلماء (ص 203).

([29]) ينظر: كتاب العين، للخليل بن أحمد، (ع س ف) 1/ 399، ولسان العرب، لابن منظور (9/ 245).

([30]) ينظر: صحاح اللغة وتاج العربية، لأبي نصر الجوهري، مادة "عسف" (4/ 1403).

حقه كالشيخ أبو سنة، لكن يبقي تعريف الدكتور فتحي الدريني – رحمه الله – أجود التعاريف وذلك حين يعرف التعسف بقوله: ((هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل)) [31].

وجودة هذا التعريف تكمن في توافقها مع طبيعة هذه الدراسة التي بين أيدينا، ذلك أن كل فعل من أفعال المكلفين يرتبط بحكم شرعي يناسبه، وقد قرر الأصوليون أن الحكم الشرعي هو: خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين[32] منعا وإطلاقا وصحة وفسادا [33]، وهو ليس بصفة للأفعال وإنما هو عبارة عن خطاب الله فيها [34].

فمناقضة قصد الشارع إما أن تكون هي الغاية من إقدام المكلف علي الفعل، وإما أن يفضي فعله إلي مفسده وإن لم يتحقق قصد المناقضة [35]، ولهذا قال الشاطبي: ((النظر في مالات الأفعال مقصود شرعا)) [36]، والمال إما مصلحة تستجلب، وإما مفسدة تدفع، ولا بد من اعتبار السبب وهو مال المسبب [37]، لكن ينبغي الانتباه إلي أن حديثنا هو عن التصرفات المأذون فيها شرعا؛ سواء كانت قولية كمباشرة العقود، أو فعلية كالتصرف في الممتلكات، أما غير المأذون فيها فلا تخضع لمعايير هذه النظرية لأنها اعتداء وليس تعسفا [38].

3– مفهوم الحق:

– الحق لغة: من حق الشيء إذا وجب وثبت [39]، ومنه قوله تعالي: (وَيُحِقُّ اللَّهُ الحَقَّ بِكَلِمَاتِهِ) [40]، وقوله تعالي: (والَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ (24) لِلسَّائِلِ والْمَحْرُومِ (25)) [41].

– الحق اصطلاحا: أورد الدكتور فتحي الدريني تعريفات متعددة وضعها عدد من الفقهاء المعاصرين لمفهوم الحق، ترددت بين كونه مصلحة في حد ذاته وكونه وسيلة إلي مصلحة، وبين كونه اختصاصا أو استيفاء، وكلها تعاريف تعقبها الدكتور الدريني ببيان أوجه القصور فيها، ليخلص في الأخير إلي تعريف جامع

([31]) ينظر كتاب: نظرية التعسف في استعمال الحق (ص 84 – 85).

([32]) ينظر: البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي، 1/ 95.

([33]) ينظر: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، لأبي شجاع (2/ 387).

([34]) ينظر: المحصول في أصول الفقه لابن العربي، ص: 23.

([35]) ينظر: اعتبار المالات، ص: 107.

([36]) ينظر: الموافقات، 5/ 177.

([37]) ينظر: اعتبار المال وتطبيقاته العملية في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، د. يوسف حميتو، ص 115).

([38]) ينظر: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص: 89.

([39]) ينظر: كتاب العين، 3/ 6، وأساس البلاغة للزمخشري، 1/ 203، والمصباح المنير للفيومي، 1/ 143.

([40]) سورة يونس، الآية 82.

([41]) سورة المعارج الآية: 24.

مانع في نظره، حيث يقول: ((الحق: اختصاص يقر به الشرع سلطة علي شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة)) [42].

4- مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق:

بناء علي التعاريف السابقة، يمكننا القول أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي: ((النسق الجامع للقواعد الحاكمة علي تصرفات المكلفين في ما اختصهم به الشرع من الحقوق منعا لها من مناقضة أصل التكليف)).

- فقولي: ((النسق الجامع)): هو بالاستناد إلي أن النظرية في أصلها نسق، والنسق معناه في اللغة ما كان علي نظام واحد عام في الأشياء [43]، وهو نفس معناه في الاصطلاح [44]، فنظرية التعسف في استعمال الحق مجموعة من العناصر لها علاقات معينة تؤدي مهمة حفظ مقصد الشرع.

- وقولي: ((الحاكمة علي تصرفات المكلفين))، هو باعتبار أن تصرفات المكلفين تخضع لأحكام الشريعة التي هي وسائل تحقيق مقاصد الشارع، ومن الأدلة علي هذا ما أخرج البخاري عن النعمان بن بشير أنه صلي الله عليه وسلم قال: (مثل القائم في حدود الله والواقع فيها؛ كمثل قوم استهموا علي سفينة، فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذاً استقوا من الماء مروا علي من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً، ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا علي أيديهم نجوا ونجوا جميعاً) [45].

- وقولي: ((ما اختصهم الشرع به من الحقوق))[46] فبالنظر إلي أن الحكم الشرعي هو الذي أنشأ الحقوق، وبه تثبت، ولما كان الأمر كذلك، فإن الحق مقيد بغايات التكليف، وعلي هذا فإن الحق إذا منحه الشرع للمكلف فإنما حباه إياه لمصلحة يتغياها، فلا بد وأن يتقيد تصرف هذا المكلف في الحق الممنوح له بما

([42]) ينظر: الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده: 193.

([43]) ينظر: كتاب "العين" للخليل، 5/ 81.

([44]) ينظر: المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية، ص: 200.

([45]) رواه البخاري في كتاب: الشركة، باب: هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، الحديث: 2361، والإمام أحمد في المسند عن النعمان بن بشير، الحديث: 18370.

([46]) الاختصاص هنا علاقة بين المختص والمختص به الذي قد يكون هو الله تعالي، وقد يكون شخصا حقيقيا أو معنويا، وهو بذلك لا يعتبر الإباحة أو الرخصة، مما هو مباح للعموم الانتفاع به دون استئثار، وهذا الاختصاص شرعي، بمعني أن الاختصاص الواقعي مفتقر إلي إقرار الشرع له، ومثال ذلك أن الغاصب ليس بمالك للمغصوب رغم كون الحيازة متحققة في الواقع، فلا يعطيه الشرع حق التصرف في المغصوب لأنه ليس في ملكه شرعا، والاختصاص الشرعي مقيد كذلك بحتمية ألا يكون في تصرف المختص بالحق إضرار بالغير، وتبعا لهذا الاختصاص يمتلك المختص بالحق سلطة شرعية علي ما اختص به كحق المالك فيما يملكه، وحق الدائن في ما أخذه المدين، وحق الراهن في ما أخذه المرتهن ومنفعة الأجير، وذلك من أجل تحقيق المصلحة التي من أجلها اختص به فمتى وقع منه ما يخالف ما قصده الشارع انتفت المشروعية عن سلطته في استعمال حقه ووجب تقييده. ينظر: الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده: 193.

يحقق هذه الغاية أداء وقصدا لأنها لا تتحقق إلا بهما [47]، وإلا فكل من ابتغي في التكاليف غير ما شرعت له فقصده في المناقضة باطل [48].

– قولي: ((منعا لها من مناقضة أصل التكليف))، فلأن تتبع ضوابط المشروعات في الشرع مؤداه إلي أن الإذن في الفعل أو المنع منه منوط بغلبة المصلحة فيه، فالفعل الاجتهادي مبني علي النظر المادي للوقائع والأحداث، وعلي هذا المبدأ الواقعي تأسست نظرية التعسف في استعمال الحق، التي علي المفتي أو الحاكم اعتبارها متى كان لفعل المكلف وتصرفه فيما هو حق مشروع له أثر يناقض أصل التكاليف، جريا علي سنن الشارع في اعتبار مسببات الأسباب [49].

ذلك ان المكلف وهو يتصرف في حقه، قد ينتج عن هذا التصرف إضرار بالغير، فيكون الأمر بين النظر إلي الأصل، باعتبار أن المكلف إنما أتي ما هو مشروع له، ولم يقصد الإضرار الحاصل، أو النظر إلي المفسدة اللاحقة بإنسان آخر، أو بحق آخر [50].

المطلب الثالث

علاقة نظرية التعسف في استعمال الحق بمراعاة المال

إن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تخرج عن قواعد المقاصد والوسائل، والدليل علي هذا أن الحق ليس هو المصلحة؛ بل المصلحة هي المقصد والحق هو وسيلة تحقيقه، فمتى سقط المقصد سقطت معه وسيلته ولم تعتبر، فلا ينبغي أن يفهم أن الحق هو المقصود بذاته من الشرع، ولذلك فحماية الشرع للحق تبقي مبسوطة ما دام هذا الحق خادما للمصلحة، و((المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة)) [51].

وبذلك يتقرر أن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم علي مسلكين:

– أولا: المسلك الوقائي: وهو يقوم علي عنصرين:

– تقييده للحق الفردي بإناطة صفة المشروعية في أفعال المكلفين بمدي تحقيقها لمقاصد الشريعة، وذلك باعتبار أن الحقوق في الشريعة لا تعدو أن تكون وسائل إلي غايات توخاها الشارع من وضع الأسباب والأحكام، فإذا انحرفت الوسائل عن غاياتها فقدت مشروعيتها [52].

([47]) ينظر: الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده، للدكتور فتحي الدريني، ص: 72.

([48]) ينظر: الموافقات، 3/ 28

([49]) ينظر: الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده، ص: 135.

([50]) ينظر: اعتبار المال وتطبيقاته في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، الدكتور يوسف حميتو، ص: 139.

([51]) ينظر: الموافقات، 3/ 28.

([52]) ينظر: اعتبار المالات، ص: 368.

– توجيه استعمال الحق الفردي، فمن منطلق الحرص علي إفضاء الوسائل إلي ما أنيطت به من المقاصد، فلا بد عند النظر في مال ممارسة الحق المشروع من مراعاة أمرين والاحتياط لهما [53]:

* أن يكون القصد الفاسد هو الباعث علي الفعل المأذون فيه شرعا، وتتحقق إرادة الإضرار وتثبت من خلال قرائن الأحوال، فلا إشكال هنا في أنه يمنع صاحب الحق من حقه مراعاة للمال.

* أن ينتج عن الفعل ضرر مع انتفاء نية الإضرار والقصد إليه، فهنا لا اعتبار لعدم القصد، بل يجب درء التعسف في الفعل ورفع أثره ما دام قائما، وهو ما يفضي إلي المسلك الثاني.

– ثانيا: المسلك العلاجي: وهنا تدخل قواعد الضمان وجبر المتضرر إذا تعذرت إزالة الضرر دون لزوم مفسدة وذلك سواء نتج الضرر عن تسبب أو مباشرة لان النتيجة في النهاية واحدة وهي أيلولة الفعل إلي ضرر.

من كل ما سبق يظهر أن نظرية التعسف في استعمال الحق وثيقة الصلة بمبدأ مراعاة المال، وذلك بالنظر إلي القواعد والأصول التي تأسس عليها هذا المبدأ، والمقصود بها هنا: قاعدة الذرائع، وقاعدة الحيل وذلك باعتبار هاتين القاعدتين ميزان لنظرية التعسف في استعمال الحق في جانب من معاييرها الموضوعية، حيث إذا قصر العامل النفسي في نية إحداث الضرر، جاء المعيار الموضوعي المبني علي حدوث الضرر بغض النظر عن نية إحداثه، ومنه تنطلق الموازنة بين المصلحة والضرر وبين المقارنة بين الأضرار [54].

ويمكن زيادة في التوضيح بيان العلاقة بين اعتبار المال ونظرية التعسف في استعمال الحق من خلال بيان العلاقة بين قاعدتي سد الذريعة والحيل ومبدأ اعتبار المال.

– فمن جهة العلاقة بين مبدأ النظر في المالات وقاعدة سد الذرائع، فهي علاقة سبب ومسبب، هذه العلاقة تجد امتدادها في ارتباط الوسائل بالمقاصد إباحة ومنعا، علي اعتبار أن كل وسيلة توقف تحقيق قصد الشارع عليها فهي مشروعة وإن كانت ممنوعة، وكل وسيلة أدت إلي مناقضة مؤكدة لقصد الشارع فهي باطلة وإن كان الأصل فيها الإذن، يقول الشاطبي – رحمه الله –: ((وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل غير مقصودة لأنفسها وإنما هي تبع للمقاصد؛ بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل، وبحيث لو توصل إلي المقاصد دونها لم يتوصل بها، وبحيث لو فرضنا عدم المقاصد جملة لم يكن للوسائل اعتبار، بل كانت تكون كالعبث)) [55].

([53]) ينظر: الموافقات، 3/ 55، واعتبر المالات، ص: 368 وما بعدها، والتعسف في استعمال الحق علي ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي ، للدكتور محمد رياض، ص: 146 وما بعدها

([54]) انظر: التعسف في استعمال الحق علي ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، د. محمد رياض (ص 143).

([55]) ينظر: الموافقات 2/ 353.

فالأصل في سد الذرائع هو النظر في الفعل ونتيجته، فيأخذ كل فعل حكم نتيجته ارتباط بالواقع، وبالعوارض الطارئة التي يجب مراعاتها عند النظر حفاظا علي المصالح التي يخشي فواتها، ذلك أنه ((لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك، فإذا كان الأمر في ظاهرة وباطنه علي أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت من أجلها، فالذي عمل من ذلك علي غير هذا الوضع، فليس علي وضع المشروعات)) [56].

– أما من جهة العلاقة بين مبدأ النظر في المالات وقاعدة الحيل، فإن الشرع أباح للمكلف أن يسعي لتحقيق مصالحه، وأن يدفع الضرر عن نفسه، لكن هل كل طريق يسلكه المكلف اعتبار لهذا الحق هو مسلك معتبر شرعا؟

لقد التفت الشرع إلي الباعث باعتباره المحرك لإرادة القصد إلي الفعل الذي يقوم به المكلف قاصدا منفعة نفسه، لكن هذا القصد ليس دائم الاعتبار من طرف الشرع، حتى ولو استجمع كل شروط الصحة الشرعية، وحتى ولو كانت وسيلته إلي هذا القصد سالمة الظاهر.

ذلك أن المكلف إذا ركب الصفة الشرعية لفعله من أجل الوصول إلي غاية تتعارض والقصد الشرعي من إعطائه هذا الحق — أي السعي إلي ما فيه نفعه –، فإن هذه الصفة لا تشفع له في إضفاء المشروعية ما دام القصد الباطني باطلا أصلا، لأن هذا الحق مجرد وسيلة لتحقق القصد الشرعي، ومن هنا يتقرر أن الباعث النفسي والنتيجة المادية لقصد المكلف هما الحاكمان ببقاء مشروعية تصرفه أو إبطال كلية، إذ المعتبر في حكم الشرع أن يتوافق الظاهر مع الباطن، وهذا ما يؤيده الشاطبي حين يقول: ((ما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأنه مقصود الشرع فيها كما تبين، فإذا كان الامر في ظاهره وباطنه علي أصل المشروعية؛ فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة؛ فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها؛ فالذي عمل من ذلك علي غير هذا الوضع؛ فليس علي وضع المشروعات)) [57].

لهذا فحكمة الشرع تأبي أن تكون أحكامه والحقوق التي منحها للمكلفين سبيلا إلي هدم مقاصده، وأن يكون مال هذه المنحة الإلهية في نهاية الأمر وسيلة إلي التعسف علي العباد.

من هنا تأتي علاقة قاعدة الحيل بمبدأ اعتبار المال، فتحكيم المفتي لهذه القاعدة هو عمل بمقاصد الشريعة في الوقت ذاته، فما دام اتخاذ المباحات والحقوق وسيلة إلي تحصيل المفاسد الممنوعة، فلا مناص من أن يطبق المفتي قاعدة الشرع الحنيف باعتبار أن الحكمة من منح الحق أصبحت منتفية، وانتفاؤها يعني أن

([56]) ينظر: الموافقات: 3/ 121.

([57]) ينظر: الموافقات، 3/ 120 – 121.

المكلف لم يعد له الحق في استعمال حقه ما دام هذا الحق مرتبطا بمصلحة أخرى ترجع علي مصلحته هو، أي مصلحة من استعمل الحق للإضرار به، فمتى ما صار قصد الشارع وسيلة عند المكلف إلي قصده هو صار ذلك نقضا لما أبرمه الشارع وهدما لما بناه [58].

وتبرز العلاقة بين المال والحيل أكثر من خلال ذلك الترابط القائم بين سد الذرائع والمالات، فما دام الشرع سد الذريعة نظرا لما تفضي إليه حتى ولو لم يكن المال مقصودا للمكلف، فإن من باب أولي وأحرى أن يكون المنع مما قصد إيه المكلف مخالفا به ما وضع في أصل الشرع.

وثمة وجه آخر للصلة بين هذين الأصلين؛ تظهر في العلاقة الوطيدة بين "سد الذرائع" و"إبطال الحيل"، من حيث اشتراكهما في السياسة الوقائية التي تتكفل بمنع المفاسد قبل وقوعها عبر التدخل الاحتياطي لتعطيل الوسائل غير المسوقة لمقاصد التصرفات، انطلاقا من مسلمات السياسة التشريعية التي تقضي بوجوب مشروعية الوسائل؛ وضرورة تجانسها مع مقاصدها، وإعطاء الوسائل حكم المقاصد في الاعتبار والإلغاء" [59].

المطلب الرابع

تطبيقات عملية لعلاقة نظرية التعسف في استعمال الحق واعتبار المال في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي

1- سئل الصائغ[60] عن سانية بين شريكين أو شركاء يريدون قسمتها بينهم وفيها بئر واحدة فهل يعطي كل واحد منهما نصيبه بالقرعة والقيمة وتترك البئر والجابية، وهو مجتمع الماء والموضوع الذي تدور فيه الدابة، مشتركا بينهم ويسقي هذا يوما أو يومين، وكذا شريكه إن كانا اثنين، وإن كانوا ثلاثة قسموا أثلاثا، وتبقي البئر بينهم كذلك علي الإشاعة أو تباع عليهم ولا تقسم لأجل عدم قسمة البئر؟

فأجاب: إذا كانت القسمة علي التراضي فيجوز علي ما تراضوا عليه ويصححه الشرع، وإما بالجبر وليس فيه كبير ضرر جبروا علي القسم وتبقي البئر مشاعة بينهم، والقسمة يغلب فيها أشد الضررين فإن كانت القسمة أضر من خروج الملك غلب خروج الملك، والعكس علي العكس، فمن دعا إلي أخف الضررين فالقوا قوله [61].

([58]) ينظر: الموافقات، 3/ 31.

([59]) ينظر: اعتبار المالات، ص: 287.

([60]) هو أبو محمد عبد الحميد بن محمد القيرواني، أخذ عن ابن حفص العطار، وأبي إسحاق التونسي وأبي القاسم السيوري وغيرهم، وعاصر أبا بكر بن عبد الرحمن وأبا عمران الفاسي لكنه لم يأخذ عنهما، كما عاصر أب الحسن الصفاقسي، وهو من أجل شيوخ الإمام المازري، توفي سنة: 486هـ ترجمته في: شجرة النور، 1/ 117.

([61]) ينظر: جامع البرزلي، 5/ 46

وجه اعتبار المال في النازلة:

ينطلق الإمام عبد الحميد من مبدأ الموازنة بين الأضرار المترتبة عن بقاء الحال ما هو عليه بين الشركاء في هذه السانية، وبين الضرر المترتب من القسمة، بحيث يراعي ما ينتج عن بقاء الشركة قائمة إذا لم يتراض الشركات بينهم، ذلك أن عدم التراضي يلزم إجبارهم علي قسمة السانية، مع بقاء البئر، والقسمة لا تخلو من غرر [62]، وعلي اعتبار أنه لا يمكن لأحدهم الاستبداد بالبئر فإنه تقسم منفعتها بينهم، وهنا يوازن بين أبقاء الملك مشاعا وبين القسمة، فإذا كان بقاء الملك مشاعا مضرا بأحد الشركاء فإن القسمة واجبة حتما، مراعاة لمعايير التعسف في استعمال الحق، وذلك بالنظر إي أن ضررها أخف، لكن إذا زاد ضرر القسمة بحيث تعدي ضرر بقاء الملك مشاعا فإن بقاء الملك هو أخف الضررين فيحكم به اعتبارا للمال، ومنعا للضرر، والحديث قرر أنه "لا ضرر ولا ضرار"، والضرر يزال.

2- سئل الإمام أبو القاسم العبدوسي [63]: عن امرأة أمتعت أباها سنين مسماة في دار لا تملك سواها، أو هي أكثر من ثلثها، فقام زوجها يرد فعلها، وقال: تفويتها للمنافع تفويت للأصل، هل له لك؟ وتكون كمسألة الوصايا أم هي بخلافها لاستحقاق الورثة المال بموت الميت، والزوج إنما استحقاقه مرتقب، وهي لم تفوت أصلا.

فأجاب:

تصفحت سؤالك هذا، ووقفت عليه، وان كانت أمتعته الدار السنين الكثيرة التي تستغرق مدة معترك زوجها، فتبين من فعلها أنها إنما قصدت إلي الإضرار به بتفويت الدار عليه، فله رد ذلك إن توفيت، ولا كلام له في ذلك ما دام حية، وبالله التوفيق [64].

وجه مراعاة المال في النزالة:

يظهر وجه اعتبار المال في هذه النازلة فيما يلي:

- أولاً: النظر إلي قصد المرأة من إعمارها أباها دارها كل تلك السنين، فتبين أنها ما أمتعت أباها منافع دارها إلا بغرض ان تمنع الزوج استحقاقه الإرث منها بعد وفاتها، ولهذا فرق بين حياتها ووفاتها، فحياتها تمنع زوجها من القيام عليها، وبقاء الأمر علي ما هو عليه إلي موتها، قرينة علي أن تفويتها منفعة دارها لأبيها إنما ماله إلي تفويت الأصل كما خشي الزوج، مع العلم أن مجرد الإمتاع لا يعتبر تمليكا ولا هبة، ولهذا كان للزوج أن يرد ذلك بعد وفاة الزوجة، خاصة إذا لم تكن أشهدت علي أن قصدها كان هو

([62]) ينظر: البهجة، 2/ 210.

([63]) هو الحافظ أبو القاسم عبد العزيز بن أبي عمران موسي بن معطي العبدوسي، توفي سنة 837 هـ. ترجمته في توشيح الديباج، ص: 125، وشجرة النور، 1/ 252

([64]) ينظر: المعيار المعرب، 9/ 140.

الإمتاع، لأنها إذا لم تكن أشهدت علي إمتاعها أباها، فهذا يعني أنها تختصه بالدار ولا يشاركه فيها أحد من الورثة، وخاصة أنها امتعته سنين كثيرة.

- ثانياً: هذا التصرف من هذه المرأة وإن كان في أصله مشروعا، فإنه قد تعارضت مصلحة الأصل مع مفسدة المال، فألغيت الأولي واعتبرت الثانية ورجحت لأن مالها هدم مصلحة أطرحتها المتحيلة لتصل إلي غاية غير مشروعة وهي حرمان زوجها من استحقاقه نصيبه منها.
- ثالثاً: يكون إمتاع المرأة أباها وسكوتها عنه كل تلك السنين قرينة علي القصد السيء لأن إمتاعها له لم تقصد به قصد البر الذي هو حق الوالد علي ولده بل قصدت غير ذلك مما يناقض المقصد الشرعي، والتضاد بين القصدين واضح.

3- سئل ابن زيتون[65] عن امرأة ليس لها إلا ابنة واحدة ، فباعت من ابنتها نصف النصف الذي علي ملكها من الدار الفلانية بمائة دينار حالة، ذكرت أنها قاصتها من ذلك بستين دينارا فيها خمسون دينارا كانت الأم ألتزمتها من مطلق ابنتها قبل البناء، وذلك من ما ذكرت الام من غير إبراز الصداق الذي ذكرت أن ذلك الالتزام كان فيه، والعشرة الباقية من الستين ذكرت أن ذلك من سلف لابنتها، واعترفت بقبض عشرين دينارا، وعشرون باقية في ذمة المشترية، فماتت البائعة بعد نحو عشرة أعوام فورثتها ابنتها المذكورة وعصبتها، فطعن العصبة الان في البيع وأنه توليج إذا لم تزل البائعة ساكنة في الدار إلي موتها، وأن ثمن البيع في غبن كثير، وأنها إنما أرادت البعد عن العصبة والميل للابنة، واستظهرت الابنة بعقد تضمن إشهاد الأم بأنها النفقة عليها في جميع مدتها منذ عشرة أعوام متقدمة ومتمادية علي ذلك لترجع به عليها متى أحبت، وقال العصبة ورثة الألم: إنها لم تكن محتاجه لابنتها بل الابنة محتاجة إليها، وأن ما أشهدت به الأم توليجا[66] من العصبة، فهل لهم مقال أم لا؟.

فأجاب:

لإقرار الأم بدين عليها للابنة في صحتها نافذ إلا أن تكون الابنة المقر لها غير معروفة بكسب ولا فائدة من ميراث أو غيره، وأقرت لها بحال ما يشبه البنت، فإقرارها توليج، وإن أقرت بما بشبه حال البنت ووقع البيع بما لا يشبه أن يكون ثمنا للبيع أو يشبه ولم يعاين البينة الثمن كما ذكر في السؤال، ولم يزل المبيع في يد البائعة إلي مدتها، فهو توليج [67].

([65]) هو الإمام تقي الدن أبو أحمد بن أبي بكر بن مسافر اليمني المالكي المعروف بابن زيتون، توفي سنة 291هـ. انظر ترجمته في: الديباج المذهب، 1/ 275، وشجرة النور الزكية، 1/ 193.

([66]) التوليج هو: هبة في صورة البيع لإسقاط كلفة الحواز أو لغير ذلك من الأغراض، انظر شرح ميارة علي التحفة بحاشية ابن رحال المعداني عليه، 2/ 18.

([67]) ينظرك فتاوى البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، 3/ 108، و4/ 348.

وجه اعتبار المال في النازلة:

الأصل أن ((كل بالغ حر جائز الفعل رشيد فإقراره جائز علي نفسه في كل ما يقر به في ماله في صحته... وكل من أقر لوارث أو غير وارث في صحته بشيد من الأموال والديون أو البراءة أو قبض أثمان المبيعات فإقراره جائز عليه لا تلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليج)) [68]، لكن ليس كل فعل يوقعه المكلف سالما من التهمة، وعلي هذا أسس الإمام ابن زيتون: فتواه هذه، فقد ابتدأ فتواه أولا باعتبار الأصل، وهو أن تصرف الأم في أصله محمول علي السداد والجواز، إلا أن فعلها أحاطت به قرائن دلت علي قصد الفاسد، ونية في استعمال حق الإقرار الذي منحه الشرع في غير ما شرع له وهذه القرائن هي:

- أولاً: المقاصة التي وقعت بين الأم وابنتها، وفيها الخمسون دينارا التي إلتزمتها الأم من مطلق ابنتها ولم تقم حجة عليها.
- ثانيا: أنها أسقطت من الستين عشرة دنانير أدعت أنها سلف لابنتها ولا دليل علي ذلك أيضا.
- ثالثا: أن الأم بقيت ساكنة الدار موضوع البيع بعد عقد البيع وذلك بقصد إبطال الحيازة، ونصوص المذهب تبطل هذا التصرف [69]، خاصة وأن البيع لم يتضمن معاينة القبض، وبذلك جاءت الرواية عن ابن القاسم: "سئل مالك رضي الله تعالي عنه عمن أشهد في صحته إني قد بعت منزلي هذا من امرأتي أو ابني أو وارثي بمال عظيم ولم ير أحد من الشهود الثمن ولم يزل بيد البائع إلي أن مات فقال: لا يجوز هذا وليس بيعا وإنما هو توليج وخديعة ووصية لوارث" وهذا نص في النازلة.
- رابعا: أن الثمن المسمي بين الأم وابنتها لا يبلغ أن يكون قيمة نصيب الأم فيها.
- خامساً: إقرار الام بالتزام ابنتها النفقة عليها طيلة عشرة أعوام.
- سادسا: حال البنت لا يمكن معه بحال أن تدفع القيمة المسماة لما ثبت أنها كانت محتاجة لأمها.

كل هذه القرائن تفيد وجود القصد الفاسد في استعمال هذا الحق الذي سمح به الشرع، ألا وهو حق الإقرار، لكن استعمال هذا الحق صار ذريعة إلي الإضرار بالورثة، وحيلة بإيقاعه في صورة معاوضة مشروعة تفتقر إلي الحوز ولا يلام فيها غالبا، فكانت المعاملة بنقيض القصد هي سبيل منع المال الضرري الذي سيقع علي الورثة من وراء هذا التوليج الذي قصدت إليه الأم، وبهذا فالفقيه حكم علي فعل هذه المرأة بالمنع، لأنها اتخذت وسيلة مباحة إلي مقصد حرام والقاعدة تقرر أنه: إذا سقطت المقاصد سقطت الوسائل.

([68]) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة، لأبن عبد البر (ص 457).

([69]) ينظر: البيان والتحصيل، لابن رشد، 13/ 368، ومنح الجليل لعليش (6/ 430)

4- سئل السيوري[70] عمن تصدقت بديون علي بني ابنها، ودفعت الوثائق لأبيهم وجددته، وذلك في صحتها، ثم مرضت فأوصت بثلثها لبني ابنها، ثم توفيت ولا وارث إلا هذا الابن وبنت لهجرانها لها في حياتها وبغضها فيها، وفعلت هذا بشهود قصد حرمانها وإيثار الابن وبنيه.

فأجاب: ما تقدم في الصحة من هبة محوزة، فالأظهر من المذهب إمضاؤها، وأما الوصية في المرض المخوف بالثلث ففيه قولان مشهوران، وما ذكرت عن المشهود أنها إنما فعلت هذا إيثاراً لولدها وبنيه، إنما يتلقي من قرائن الأحوال، والعلم منها إنما يحصل للحذاق وأهل الفطنة، وربما اختلفت علي من لا يعرف الإحسان، لأجل إحسانه وخدمته لها وحرمان من تعاديه، فبعد تحقيق هذه النكتة يقع الجواب بعدها، قيل: إذا قصد الضرر بالوصية أو العطية من ذات الزوج، فمذهب ابن القاسم إمضاؤه ولابن الماجشون خلافه [71].

وجه اعتبار المال في النازلة:

في المسألة نظر إلي مالين، لكل منهما مستنده من التعليل.

أولاً: في هذه النازلة اعتمد السيوري مشهور المذهب وقول ابن القاسم في جواز فعل الموصي بثلثه في مرض موته [72]، علي اعتبار أن ذلك حقه فله التصرف فيه كيف شاء [73]، والمسألة مبنية علي الاحتياط، ذلك أن اقتران القصد الفاسد وقيام القرائن علي ذلك لا يمنع من نفاذ الوصية أو العطية بالثلث في المرض المخوف، ما دام أن قدر الوصية لم يتجاوز الحد المشروع، ومنع المرأة من تصرفها ذاك هو منع لها من قصد الأجر والبر، وقد أشار السيوري رحمه الله إلي عدم اعتبار القصد الفاسد هنا حين قال: ((والعلم منها إنما يحصل للحذاق وأهل الفطنة، وربما اختلفت علي من لا يعرف الإحسان لأجل إحسانه)).

ثانياً: وهذا النظر مخالف للنظر الأول من حيث تعلق المناط بالنازلة، وذلك أن المرأة تعلق تصرفها الثاني – أي الوصية بثلثها لبني ابنها في مرض موتها – بما يلي:

- بالباعث علي التصرف الذي أقدمت عليه المرأة، وهو قصد فاسد، أي قصد المضارة بابنتها التي بينها وبينها قطيعة وهجران، وهي قد أقرت بثبوت قصدها بإشهادها الشهود عليه، وقامت عليه قرائن الأحوال، وقد يصاحب هذا القصد قصد آخر خفي، وهو منفعة ابنها، فباعتباره وارثا لا تجوز الوصية له، فيكون تصرفها بذلك احتيالا غير مشروع.

([70]) هو أبو القاسم عبد الخالق بن عبد الوارث السيوري (ت 460هـ) أو (462هـ) بالقيروان، ترجمته في: ترتيب المدارك (2/ 326)، والديباج المذهب (2/ 18)، وشجرة النور (1/ 116).

([71]) ينظر: جامع البرزلي، 5/ 506، والمعيار المعرب، 9/ 178.

([72]) في المذهب أقوال ثلاثة نقلها ابن رشد في البيان، أولها: أن المرأة ذات الزوج إذا تصدقت بثلث مالها في مرض موتها قصدا للإضرار بزوجها، ففعلها محمول علي غير الجواز وهو رواية لأشهب عن مالك، وثانيها: قول ابن القاسم وسحنون بجواز ذلك ولو قصدت الإضرار، وثالثها: جوازه في أقل من الثلث، وهو رواية لسحنون عن ابن القاسم. ينظر: البيان والتحصيل، 14/ 23 – 27.

([73]) ينظر: الجامع لأحكام القران للقرطبي، 5/ 81.

قال ابن عطية[74] في المحرر الوجيز: ((ووجوه المضارة كثيرة لا تنحصر وكلها ممنوعة يقر بحق ليس عليه ويوصي بأكثر من ثلثه أو لوارثه أو بالثلث فرارا عن وارث محتاج وغير ذلك ومشهور مذهب مالك وابن القاسم أن الموصي لا يعد فعله مضارة ما دام في الثلث فإن ضار الورثة في ثلثه مضي ذلك وفي المذهب قوله إن المضارة ترد وإن كانت في الثلث إذا علمت بإقرار أو قرينة ويؤيد هذا قوله تعالى: (فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) [75].

وفي تفسير هذه الآية يقول الإمام أبو بكر بن العربي رحمه الله: ((وفي هذا دليل علي الحكم بالظن؛ لأنه إذا ظن قصد الفساد وجب السعي في الصلاح، وإذا تحقق الفساد لم يكن صلح، إنما يكون حكم بالدفع وإبطال للفساد وحسم له)) [76]، فوجب إذن إقامة المظنة[77] مقام المئنة [78].

– بالتعسف في استعمال الحق، وذلك بأن قصدت المرأة من فعلها الثاني المضارة بابنتها، والوصية بالثلث حق أعطاه الشرع للمكلف لكن لم يبح له استعماله في الإضرار بالغير، وهذه المرأة قصدت البرور بأحفادها، لكن هذا القصد صاحبه قصد آخر أبطله، فتمنع منه سدا للذريعة.

4- سئل الإمام أبو الضياء مصباح[79] في مسائل ثلاث من بينها مسألة عن طريق عام لجميع المسلمين يمرون عليها بما يحتاجون إليه من دواب وغيرها، إلا أنه ليس بطريق تسرح عليه المواشي في الغدو والرواح للراعي، ونفذت هذه الطريق في أرض لرجل وبإزاء الطريق أرض لرجل آخر فأراد البناء في أرضه، ويتخذ الطريق المذكور مسرحا لماشيته للراعي في الغدو والرواح، فمنعه صاحب الأرض الذي نفذ الطريق في أرضه من المرور عليه بالماشية فهل له منعه من ذلك أم لا؟

فكان جواب الشيخ: ((أنه ليس لصاحب الأرض المذكورة منع من أراد أن يحدث في الطريق المذكورة مسرحا لماشيته، ويمنع هو من الضرر بصاحب الأرض، ويؤمر أن يمر بماشيته علي وجه لا يضر إما ان يمر بما مكممة أو واحدة واحدة، أو الزرب علي جانبي الطريق إن انكف ضرره بذلك)).

([74]) هو ابو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية المحاربي القاضي الغرناطي المالكي، توفي سنة: 541هـ. انظر ترجمته في: الصلة لابن بشكوال، 3/ 563 والديباج المذهب، ص: 2/ 45، وشجرة النور، ص: 129، وسير أعلام النبلاء، 19/ 587.

([75]) ينظر "المحرر الوجيز" لابن عطية الأندلسي في تفسير الآية: 182 من سورة البقرة.

([76]) ينظر: أحكام القران لأبي بكر بن العربي، 1/ 137.

([77]) المظنة: من ظن، مظنة الشيء: موضعه. ينظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس، 3/ 462، ولسان العرب، 13/ 272. مادة: (ظنن) وتاج العروس، 35/ 369..

([78]) المئنة، مأخوذة من: أن، يقال: فلان مئنة للخير، أي موضع له. ينظر: أساس البلاغة للزمخشري، 1/ 37، مادة (أن ن). والفرق بين المئنة والمظنة، أن المئنة تفيد غلبة وقوع الشيء، بينما المظنة تفيد كثرة وقوعه.

([79]) هو أبو الضياء مصباح بن عبد الله اليالصوتي الفاسي، سميت بالمدرسة المصباحية باسمه، توفي سنة 750هـ. ترجمته في: كفاية المحتاج، 2/ 246، وتوشيح الديباج، ص: 258.

وجه اعتبار المال في النازلة:

إن الشيخ أبا الضياء رحمه الله ارتباطا بحكمة التشريع لم ينظر إلي الفعل في حد ذاته، بل نظر ما ترتب علي ماله من مصلحة أو مفسدة، وبالنظر إلي معايير التعسف في استعمال الحق فإنها متوفرة، فرغم أن الباعث علي الفعل غير سيء ولا ممنوع، وهو حق الفاعل، فإن استعمال هذا الحق قد ترتب عنه ضرر، فمنع صاحب الأرض الراعي من المرور إضرار به لا مبرر له إلا أنه أراد مصلحة لنفسه، من غير اعتبار لمصلحة الجانب الثاني، وهي مصلحة خاصة، لكن المفسدة اللازمة عن إدراكها واللاحقة بالغير أرجح من المصلحة، ولا عبرة بالمرجوح. ومن هنا فإن الحق الفردي في الشريعة الإسلامية ليس علي إطلاقه، ما دام حق الغير مرتبطا به، ويدخل في هذا قصة محمد بن مسلمة رضي الله عنه مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإجراء الماء في أرضه لمصلحة جاره [80].

سئل مالك عن رجل له داران وهما في رحبة وأهل الطريق ربما ارتفقوا بذلك الفناء إذا ضاق الطريق علي الأحمال وما أشبهها، فدخلوا فيه، فأراد أن يجعل عليه نجافاً وباباً حتى تكون الرحبة له فناء ولم يكن علي الرحبة باب ولا نجاف قال ليس ذلك له، قال محمد بن رشد: هذا كما قال، إنه ليس له أن يجعل علي الرحبة نجافاً وباباً ليختص بمنفعتها، ويقطع ما للناس من الحق في الارتفاق بها، لأن الأفنية لا تتحجر، انما لأربابها الانتفاع بها، وكراؤها فيما لا يضيقها علي المارة فيه من الناس، ولا يضر بهم" [81].

هذا جانب، أما الجانب الثاني، فهو ما ترتب علي القول بمنع صاحب الأرض من قطع أرضه، فكما حكم المفتي عليه بذلك منعا للتعسف في استعمال الحق، حكم علي صاحب الماشية أن يعمل ما في وسعه كي لا يترتب علي ممارسته حقه الذي أعطي ضرر لصاحب الأرض عملا بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" [82].

5- سئل القاضي أبو عمرو ابن منظور[83] بما نصه:

((الحمد لله، لسيادتكم الفضل في الجواب علي قضية، هي المتمعشون بالخدمة في الفحص بعمل المقاثي وخدمة الكروم وضروب الأشجار، يقومون علي ذلك كله بالعمل الذي لا يتم فائدها إلا به من أول أوان الخدمة أكتبر أو ينير[84] إلي وقت جنا الفائدة في أملاكهم وأملاك مكتراة بيدهم أو مساقاة عندهم، فإذا

([80]) رواه مالك في الموطأ، في كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق الحديث رقم 33.

([81]) ينظر: البيان والتحصيل، 9/ 330.

([82]) رواه مالك في الموطأ مرسلا، عن عمرو بن يحيي المازني عن أبيه، فأسقط أبا سعيد الخدري، وله طرق تقويه، والبيهقي في السنن الكبرى، في كتاب الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، 11717، والدار قطني في سننه، في كتاب البيوع، الحديث: 288، وابن ماجه عن عبادة بن الصامت، في كتاب الأحكام، باب من بني في حقه ما يضر بجاره، الحديث: 2341، وأحمد عن ابن عباس، الحديث 2865.

([83]) هو القاضي أبو عمرو عثمان بن محمد بن منظور القيسي، من أهل مالقة توفي عام 735هـ. ترجمته في تاريخ قضاة الأندلس للنباهي، ص: 147.

([84]) يقصد السائل شهر أكتوبر ويناير بالتقويم الإفرنجي.

نضج ما حملته تلك الشجرات، وحل وقت جنا المقاثي وأشباهها، جمع ما تيسر له جمعه مياومة، وأدخله سوق المسلمين يتكيس في بيعها من الناس بما يتراضي به المبتاع، فأراد صاحب السوق أن يسعر عليه سلعه التي استفادها لنفسه و جلبها، ويخرج له القيمة من رأسه ولا يعتبر بالقيمة التي يبرزها السوق مكايسة علي حسب ما قدره قابض الرزق وباسطه لا إله إلا هو، ويجعل حكم من ذكر في التسعير عليهم كمثل الذي يدخل سلعة في الأطعمة والفواكه والخضر والعصير والجبن والزيت والسمن يبيعها من الباعة في السوق المنتصبين لبيع ذلك من الناس، هؤلاء الباعة يشترون من الجلاب ومن أصحاب الفوائد من غير سعر فيسعر عليهم صاحب السوق، بعدها يعرف واجب ما اشتروا، ولا يدعهم يتشططون علي الناس في الأرباح، جري العمل قديما علي هذا.

فهل الباعة في السوق منتصبون به للشراء والبيع من الناس، مثل الجالسين وأصحاب الفوائد المتمعشين في حكم التسعير؟ أو ليسوا كذلك ويكون اعتراض المحتسب للتسعير علي الجالب من الظلم الذي لا يحل له والمنكر الذي يجب القيام بتغييره والنهي عنه، بينوا لنا ذلك بمقتضي الشرع العزيز أبقاكم الله حجة لإيضاح الحق وتبيينه، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته)).

فأجاب رحمه الله بعد الديباجة:

((... والذي ظهر لي من الجواب هو ما نص عليه القاضي الإمام ابن رشد رحمه الله، أن جالب السلع لا خلاف أنه لا يسعر عليه شيء مما جلب للبيع، وإنما يقال لمن اشتري منهم وباع بأعلى ما يبيع به عامة من يجلب: بع بما تبيع به العامة، أو ارتفع من السوق كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحاطب بن أبي بلتعة، إذ مر به وهو يبيع زبيبا له في السوق، فقال له: إما أن تزيد في السعر، وإما أن ترفع من سوقنا [85]، لأنه كان يبيع بالدرهم أقل مما كان يبيع به أهل السوق، فعلي هذا فهؤلاء الذين يجلبون من أملاكهم مثل ما ذكر أعلاه لا يسعر عليهم، وأكثر ما ينظر فيه صاحب أحكام السوق إذا رأي شططا كما فعل عمر رضي الله عنه، وكذلك، إذا رأي فسادا في السلعة ودخول ضرر ببقائها، يحكم بما يرفع الضرر عن المسلمين.

وأهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون من الجلاب وغيرهم جملا ويبيعون ذلك علي أيديهم قيل: هم كالجلاب، الحكم واحد في كل ما مضي لا فرق، وقيل إنهم بخلاف الجلاب، لا يتركون علي البيع باختيارهم إذا غلبوا علي الناس، وأن علي صاحب السوق أن يعرف ما اشتروا ويجعل لهم من الربح ما يشبه، وينهي عن الزيادة ويتفقد السوق فيمنع من الزيادة علي ما حد ومن خالف أمره عوقب بما يراه من الأدب أو الإخراج من السوق إن كان البائع معتادا لذلك مستترا به، وهو قول مالك في سماع أشهب، وإليه ذهب ابن حبيب، وقاله من السلف جماعة، ولا يجوز عند واحد من العلماء أن يقول لهم: بيعوا بكذا وكذا ربحتم أو خسرتم، من غير نظرا إلي ما يشترون به، ولا أن يقول لهم فيما اشتروه: لا تبيعوه إلا بكذا وكذا، مما هو مثل الثمن الذي

([85]) موطأ الإمام مالك، كتاب البيوع، باب الحكرة والتربص، الحديث رقم: 1899.

اشتروا به أو أقل، وإذا ضرب لهم الربح علي قدر ما يشترون فلا يتركهم أن يغلوا في الشراء، ولو لم يزيدوا في الربح، إذ قد يفعلون ذلك لأمر ما مما يكون نتيجته ما فيه ضرر .اه [86].

وجه اعتبار المال في النازلة:

هذه الفتوى تضمنت نقلا لقولين:

- الأول: أخذ بأصل أنه لا يسعر علي الجالب ولا علي من يشتري منه.
- الثاني: أخذ بالتسعير علي من يشتري من الجلاب دونهم.

وكلا القولين أخذ بمبدأ الذرائع، وسعي إلي درء الضرر، فالقول الأول باعتبار أن التراضي شرط بين البائع والمشتري، وهذا الرضي ينتفي بفرض سعر محدد، وهذا إكراه للبائع ماله أن المشتري يأكل مال البائع بالباطل، وقد علم في أصل الشرع أن أكل أموال الناس بالباطل حرام، وكل وسيلة تؤدي إليه حرام كذلك.

وإذا كان لولي الأمر دخل في التسعير، فهو من باب رفع الضرر عن المسلمين إذا رأي شططا، كما جاء في نص الفتوى، إذ الأصل أنه لا يسعر علي أحد ماله، ولا يكره علي بيع سلعته ممن لا يريد ولا بما يريد [87].

أما القول الثاني، فينطلق من الصبغة الوقائية لمبدأ مراعاة المال عموما وسد الذرائع خصوصا، وذلك من باب تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، فقد يقصد أهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون من الجلاب أمرا يكون نتيجته ما فيه ضرر، والمستند هنا هو أن التسعير فيه رعاية مصلحتين: دفع الضرر عن الناس بمنع تعدي التجار في الأسعار تعديا فاحشا، ورعاية حق الفرد بإعطائه ثمن المثل.

قال الباجي رحمه الله: ((ووجهه – أي التسعير – ما يجب من النظر في المصالح العامة، والمنع من إغلاء السعر عليهم والإفساد عليهم، وليس يجبر الناس علي البيع، وإنما يمنعون بغير السعر الذي يحدده الإمام علي حسب ما يري من المصلحة فيه للبائع والمبتاع، لا يمنع البائع ربحا، ولا يسوغ له ما يضر الناس)) [88].

والتفريق بين الجالب وغيره في التسعير هو ما عليه المالكية، وهو ما نقله ابن رشد الجد في البيان اتفاقا من غير تفصيل، وتعليل هذا التفصيل نجده في كلام للباجي في المنتقي إذ يقول: ((وجه ما في كتاب محمد: أن الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر ما يجلبه، مع أن ما يجلبه ليس من أقوات البلد، وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه، فربما أدي التحجير عليه إلي قطع الميرة، والبائع بالبلد إنما يبيع أقواتهم المختصة بهم، ولا يقدر علي العدول عنهم في الأغلب، ولهذا فرقنا بينهما في الحكرة وقت الضرورة، ووجه ما قاله ابن حبيب: أن هذا بائع في السوق، فلم يكن له أن يحط عن سعره، لأن ذلك مفسد لسعر الناس كأهل البلد، قال: فأما

([86]) ينظر: "المعيار" (5/ 83 – 84)، و"البيان والتحصيل" (9/ 313 – 315).

([87]) ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، ص: 360.

([88]) ينظر: المنتقي للباجي، 5/ 18، وانظر: الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده، ص: 132.

جالب القمح والشعير، فقال ابن حبيب: يبيع كيف شاء، إلا أن لهم في أنفسهم حكم أهل السوق، وإن أرخص بعضهم تركوا إن قل من حط السعر، وإن كثر المرخصون، قيل لمن بقي: إما أن تبيع كبيعهم وإما أن ترفع)) [89].

فيفهم بهذا أن فقهاء المالكية باختلاف أنظارهم راعوا في ذلك أكثر من مال:

- الأول: السماح للجالب بالبيع دون تسعير عليه، لما في ذلك من توسيع علي الناس، والتسعير علي الجالب فيه تضييق عليهم لأن ذلك يفضي إلي قطع الميرة عنهم.
- الثاني: مراعاة حق الجالب لأن التسعير عليه فيه حرج، ومبدأ الشريعة وأسها رفع الحرج.
- الثالث: مراعاة المصلحة العامة بالتسعير علي البائع في السوق منعا للمال الفاسد، حتى ولو لم يقصده البائع، وهذا منع للتعسف في استعمال الحق الذي تؤدي ممارسته إلي الإضرار بالعامة، وهو الأرجح علي اعتبار أنه إذا تعارضت مصلحتان رجحت أعظمهما، والمصلحة العامة هنا أرجح، فإنه يدفع الضرر العام ولو بإثبات الضرر الخاص.

وخلاصة هذا كله يجملها الشاطبي رحمه الله في كلمات يسيرة فيقول: ((إن أمكن انجبار الأضرار ورفعه جملة فاعتبار الضرر العام أولي، فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به، لأن المصالح العامة مقدمة علي المصالح الخاصة ...)) [90].

خاتمة

بعد هذا الإبحار في بيان مفهوم اعتبار المال ونظرية التعسف في استعمال الحق، وإثبات العلاقة بينهما نظريا وعمليا في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، نخلص إلي مجموعة من الخلاصات منها:

1- أن المذهب المالكي يتميز بأنه أكثر المذاهب الفقهية استثمارا لنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك بالنظر إلي طبيعة أصوله التي تتميز بالطابع المقصدي المحض.

2- أن نظرية التعسف في استعمال الحق في المذهب المالكي ترتكز علي نظرية الباعث التي هي إحدى النظريات الفقهية ذات الارتباط بمبدأ اعتبار المال.

3- أن المذهب المالكي يتعدي الفعل إلي النيات والمقاصد، سواء تم التصريح بها أو استفيدت من القرائن والأحوال المحيطة بالفعل، ومن ثم يكون الحكم عند المالكية علي الفعل بإضفاء المشروعية عليه أو سلبها عنه.

4- أن الحق الممنوح من الشرع لا يستقيم في الذهن تصور إفضائه إلي مفسدة، ومتى وقعت هذه المفسدة قصداً أو مالا فهي من ممارسة المكلف لهذا الحلق لا من الحق ذاته.

([89]) ينظر: المنتقي، 5/ 18 – 19، وانظر الاستذكار لابن عبد البر، 6/ 411.

([90]) ينظرك الموافقات: 3/ 57.

5- أن نظرية التعسف في استعمال الحق في المذهب المالكي مبناها علي أن الشريعة حين أباحت الحقوق فإنها قد راعت المال والثمرة الناتجة عنها، ومن ثم فإن المكلف ملزم بمراعاة هذا المقصد وعدم مناقضته حتى لا يعود ذلك علي تصرفه بالبطلان حفاظا علي مقصدين جوهريين: أولهما العدل، وثانيهما المصلحة، وهما مقصدان جوهريان بمثابة الحكم علي أفعال المكلفين وتصرفاتهم.

6- أن المفتين في الغرب الإسلامي كانوا يحرصون علي أن يكون فعل المكلف سالما من المناقضة لقصد الشارع، ومن هنا يأتي توظيفهم لقاعدتي سد الذرائع والحيل اللتين هما قوام نظرية التعسف في استعمال الحق، وهما آليات التدخل الوقائي للمفتي أو المجتهد اعتبارا للمال.

7- أن ارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبار المال في المذهب المالكي عموما وفي فتاوى مالكية الغرب الإسلامي خصوصا هو امتزاج المعيار الذاتي المتمثل في التعسف، بالمعيار الموضوعي المتمثل في مراعاة النتائج.

8- أن المفتين في الغرب الإسلامي ترجموا في عملهم الإفتائي خصوصيات المذهب المالكي كما أسس له إمام دار الهجرة رحمه الله، سواء في التصور التجريدي للأحكام، أو في تكييف الأحكام ومقاصدها علي أفعال المكلفين وواقعهم.

9- أنه لا اعتبار في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي للمعني المجرد للحق، إذ الحق لا يحفظ صفته إلا إذا كانت ممارسته ضمن الإطار المقصدي لأحكام الشريعة.

10- أن المفتين من مالكية الغرب الإسلامي طبقوا نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن إطار الفهم السليم للواقع المحيط بالنوازل المعروضة عليهم، وفتاواهم تثبت عدم انعزالهم عن واقعهم، وجمعهم بين معرفة واقعهم ومعرفة الواجب فيه، وهذا يثبت البعد التنزيلي للأحكام في أمثل صوره، خاصة في جانب منع الضرر قبل وقوعه او رفعه حال وقوعه، مما يجسد واقعية الفقه المالكي وريادته في صياغة النظريتين معا ، وأقصد نظرية اعتبار المال، ونظرية التعسف في استعمال الحق.

لائحة المصادر والمراجع

1- اعتبار المال وتطبيقاته العملية في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، الدكتور يوسف حميتو، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة ابن طفيل، القنيطرة، 2010

2- اعتبار المالات ومراعاة نتائج التصرفات، تأليف: الدكتور عبد الرحمن بن معمر السنوسي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولي، سنة 1424هـ/ 2004م.

3- اعتبار مالات الأفعال وأثرها الفقهي، تأليف: الدكتور وليد بن علي الحسين، تأليف: الدكتور وليد بن علي الحسين، دار التدمرية، الطبعة الأولي، 1429هـ/ 2008م.

4- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تحقيق، سالم عطا – محمد معوض دار الكتب العلمية 2000م.

5- البحر المحيط في أصول الفقه، تأليف: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م.

6- البهجة شرح التحفة، دار الكتب العلمية بيروت – 1418هـ 1998م الطبعة: الأولي.

7- البيان والتحصيل، تحقيق محمد حجي واخرين، دار الغرب الإسلامي، بيروت ط. 2، 1408هـ 1988م.

8- التعسف في استعمال الحق علي ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، تأليف: الدكتور محمد رياض، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكشي، الطبعة الأولي، 1992.

9- الجامع لأحكام القرءان لأبي عبد الله القرطبي، دار عالم الكتب، الرياض، ط: 1423هـ 2003م.

10- الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده، د. فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة ط. 2، 1404هـ/ 1984.

11- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تأليف ابن فرحون المالكي، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، مكتبة دار التراث، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005م.

12- الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، تأليف: إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين – بيروت، الطبعة: الرابعة 1407هـ - 1987م.

13- الصلة في تراجم علماء الأندلس، تأليف: أبي القاسم خلف بن عبد الملك بن بشكوال، تحقيق: إبراهيم الأبياري، الناشر: دار الكتاب المصري – دار الكتاب اللبناني، الطبعة: الأولي، 1410هـ/ 1989م.

14- الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر – سورية – دمشق، الطبعة الرابعة.

15- القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروز أباذي، مصورة عن الطبعة الأميرية، سنة: 1301هـ.
16- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
17- القواعد، لأبي عبد الله المقري، تحقيق: أحمد المقري، جامعة أم القري، مركز إحياء التراث الإسلامي.
18- الكافي في فقه أهل المدينة، ليوسف بن عبد البر النمري، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية: 1992م.
19- المبسوط لشمس الدين السرخسي، تحقيق: خليل الميس، دار الفكر بيروت، ط. 1 – 1421هـ 2000م.
20- المحصول في أصول الفقه لأبي بكر بن العربي، دار البيارق الأردن، تحقيق: حسين البدري 1420هـ.
21- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي المقرى الفيومي، المكتبة العلمية – بيروت.
22- المعجم الفلسفي، تأليف: مراد وهبه، دار الثقافة الجديدة، الطبعة الثالثة، 1979م.
23- المعجم الفلسفي، مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1403هـ/ 1983م.
24- المعيار المعرب الجامع المعرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، تخريج محمد حجي وجماعة من الفقهاء، نشر: وزارة الأوقاف المغرب، 1401هـ – 1981.
25- المنتقي شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي تحقيق: محمد عطا، دار الكتب العلمية، ط، 1 – 1420 هـ 1999م.
26- الموافقات، تأليف: إبراهيم بن موسي الشاطبي، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، الطبعة: الطبعة الأولي 1417هـ/ 1997م، عدد الأجزاء: 7.
27- الموطأ، للأمام مالك بن أنس الأصبحي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء التراث العربي/ مصر.
28- أحكام القرءان، تأليف: أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، الناشر: دار الكتب العلمية.
29- أصل اعتبار المال بين النظرية والتطبيق، للدكتور عمر جدية، دار ابن حزم، الطبعة الأولي، 2010م.
30- تاج العروض من جواهر القاموس لأبي الفيض محمد بن محمد مرتضي الزبيدي، دار الهداية.
31- تاريخ قضاة قرطبة، لأبي الحسن علي بن عبد الله النباهي، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الخامسة، 1403هـ - 1983.
32- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين الزيلعي الحنفي، دار الكتب الإسلامي القاهرة 1313هـ.

33- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، تأليف: أبي الفضل عياض بن موسي اليحصبي السبتي، ضبط وتصحيح: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية – بيروت، ط. 1418هـ - 1998م.
34- تفسير التحرير والتنوير، لمحمد الطاهر بن عاشور، الدار التونسية للنشر – تونس، سنة 1984.
35- تفسير المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تأليف: أبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، 1413هت 1993.
36- تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ونبذ مذهبية نافعة، تأليف: أبي شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان، تحقيق د. صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، مكتبة الرشد، 1422هـ - 2001م.
37- توشيح الديباج وحلية الابتهاج، تأليف: بدر الدين أبي عبد الله محمد بن يحيي القرافي، تحقيق: محمد الشتيوي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولي – 1403هـ - 1983.
38- جامع البيان في تأويل أي القرآن، تأليف: أبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الاولي، 1420هـ - 2000م.
39- جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالفتين والحكام، تأليف: أبي القاسم بن أحمد البلوي البرزلي، تقديم وتحقيق: الدكتور محمد الحبيب الهيلة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولي، 2002.
40- حاشية ابن رحال علي شرح ميارة، المكتبة التجارة الكبرى، القاهرة.
41- سنن ابن ماجه، تأليف: محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر – بيروت.
42- سنن البيهقي الكبرى، تأليف: أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسي البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا مكتبة دار الباز – مكة المكرمة، 1414 – 1994.
43- سير أعلا النبلاء، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة: الثالثة، 1405هـ/ 1985،.
44- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، المطبعة السلفية، القاهرة – 1349هـ.
45- شرح الزركشي علي الخرقي، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي الحنبلي، قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، الناشر دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م.
46- صحيح البخاري، تأليف: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفي ديب البغا، دار ابن كثير، اليمامة – بيروت، الطبعة الثالثة، 1407 – 1987.
47- في الاجتهاد التنزيلي لبشير مولود جحيش، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف القطرية، ط. 1، 1424هـ.
48- قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي، محمود حامد عثمان، دار الحديث، 2001.

49- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تأليف: أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى الدمشقي، المحقق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، الناشر: دار المعارف بيروت – لبنان.
50- كتاب العين، تأليف: أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ)، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، الناشر: دار ومكتبة الهلال، عدد الأجزاء: 8.
51- كشف الأسرار علي أصول البزدوي، تأليف: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولي 1418هـ/ 1997م.
52- كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج، تأليف: أحمد بابا التنبكتي، دراسة وتحقيق: الأستاذ محمد مطيع، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المغرب، 1421هـ - 2000م.
53- لسان العرب، تأليف: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر – بيروت، ط. الأولي.
54- مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط الثانية 1420هـ.
55- معجم مقاييس اللغة، تأليف: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، المحقق: عبد السلام محمد هارون، الناشر: دار الفكر، الطبعة: 1399هـ - 1979م.
56- منح الجليل شرح مختصر خليل، تأليف الشيخ محمد عليش دار الفكر، نشر 1409هـ 1989م. بيروت.
57- نظرية الاعتبار في العلوم الإسلامية، تأليف: الدكتور عبد الكريم عكيوي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولي، 1429هـ - 2008م.
58- نظرية التعسف في استعمال الحق، للدكتور فتحي الدريني مجموع ضمن كتابه النظريات الفقهية.
59- نظرية المقاصد عند الشاطبي، د. أحمد الريسوني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط. الأولي، 1990.