دور الفقه المالكي في بناء وتأصيل معايير نظرية التعسف في استعمال الحق -دراسة على ضوء القانون-

The role of maliki jurisprudence in building and rooting criteria of the theory of abuse of rights - Study in the light of the law-

تاريخ الارسال: 2019/08/17	تاريخ القبول: 2019/10/11	تاريخ النشر: 2020/01/08

د. مجيدي العربي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
larbi.madjidi@univ-msila.dz

ملخص :

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من كبريات النظريات القانونية التي أقرتها القوانين الحديثة في بداية القرن العشرين انطلاقا من تطور مفهوم فكرة الحق، حيث لم تعد الحقوق مطلقة يستعملها صاحبها كما يشاء، بل أصبحت نسبية من حيث تقيد استعمالها بالغرض الذي شرع من أجله.

ونظرية التعسف في استعمال الحق بهذا المفهوم عرفها الفقه الإسلامي من قبل وأصل لها وعرفها كنظرية متكاملة ومستقّلة مرتبطة أساسا بمفهوم الحق في الفقه الإسلامي لأنها تقوم على الموازنة بين الحق الفردي والحق الجماعي من جهة، ودرء المضار التي تنجم عن استعمال هذه الحقوق من جهة أخرى. فهو تشريع مقاصدي يقوم على أصول ثابتة أساسها الوحي لا التأملات العقلية المجردة، يتحرك العقل في اجتهاداته في ماجد من المسائل على ضوء تلك الأصول.

ويعد المذهب المالكي أوسع المذاهب الفقهية أخذا بنظرية التعسف في استعمال الحق، إن لم يكن هو المذهب الوحيد الذي مهد وأسس الأصول والمعايير الثابتة لهذه النظرية من خلال ما ثبت في فروعه الفقهية من أحكام تمنع من استعمال الحق بقصد الضرر أو استعمال الحق لمصلحة غير مشروعة ، خصوصا مع الإمام « الشاطبي » و الذي يعتبر مؤصل النظرية حيث تناول أهم صورها و أعمقها و أدقها – من خلال النظر في مآلات الأفعال- وهي التحايل على بلوغ غرض لم يقصده الشارع ..

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الكلمات المفتاحية : تعسف ؛ حق ؛ فقه إسلامي ؛ فقه مالكي ؛ قانون مدني؛ معيار ذاتي؛معيار موضوعي.

Abstract:

The concept of abuse of rights is one of the most important legal theories that approved by modern laws in the early twentieth century, from the evolution of concept of law, Whererights are no longer absolute, used by the the owneras he wants, but he has become relative, or the landlord must comply it with its purpose.

This concept of Abuse, Islamic Jurisprudence is already recognized before, it was rooted as a complete and separate theory, related mainly with the concept of right in Islamic Jurisprudence, because this theory based on one side on the equilibration between the individual and collective right, and the prevention of all damage that ensues the use of rights on the other hand. Because Fiqh is a teleological legislation, based on fixed principles and rules and foundations, their source is the revelation of God, not the abstract mental thoughts, where the mind moves in its diligence in the light of these Principles and rules.

The Maliki school is considered the most dilatory and most applicable case law of the concept of abuse of law, if not the only case law that has established the criteria for the abusive exercise of a right, whether subjective criteria or objective criteria , to from these branches jurisprudence, such as the provisions that prohibit the exercise of law for the purpose of harming others, or the satisfaction of an illicit interest .. especially with "el Imam Shatiby" who is considered the founder of this theory, where he tackled the most important and deepest and most specific ways of abuse -through the consideration of goals and objectives of Acts- is the circumvention of reaching a goal or the legislators have not wanted.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Keywords: abuse; right, Islamic Jurisprudence, Maliki jurisprudence, Civil Law, Subjective Criterion , Objective criterion .

مقدمة:

يعد المذهب المالكي من بين أهم المذاهب الفقهية إن لم يكن أهمها مراعاة لمقاصد الأفعال و مآلاتها في أحكامه عليها، ما يعكس عمق فهمه لروح الشريعة و مقاصدها، ويظهر هذا جليا في أصوله و مبادئه الاجتهادية التي يستند عليها في تنزيل الأحكام الشرعية على أفعال و تصرفات المكلفين كقاعدة النظر في مآلات الأفعال و مراعاة نتائج التصرفات[1] و ما يرتبط بها من مبادئ و قواعد تنبني عليها و تأصلها كمبدأ الباعث[2] و قاعدة الحيل[3] ، و كذا مراعاته للمصالح المرسلة[4] و أخذه بمبدأ سد الذرائع[5] في الحكم على التصرفات التي ظاهرها الإباحة و مآلها إلى مفاسد و مضار، و غيرها من المبادئ و الأصول.

و يعد النظر في مآلات الأفعال و مراعاة نتائج التصرفات و كذا مراعاة البواعث من أجل القواعد و أبرزها تميزا للفكر الاجتهادي في الفقه المالكي، أي النظر فيما قد يؤول إليه الفعل و التصرف و بنتج عنه في النهاية، حيث لا يقتصر الحكم على ظاهر الفعل وصورته، و إنما يمتد إلى غاياته ومقاصده، مما يجعله فكرا اجتهاديا ذو نظر مستقبلي يدفع المفاسد والمضار المتوقعة و ليس فقط الواقعة و المحققة و يحترز منها.

و مبدأ اعتبار المآل مبدأ هام في أحكام الشرع وأفعال المكلفين من حيث تنزيل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين، وتكييف أفعالهم على وفق مقاصد الشرع، حيث يأخذ الفعل حكم الحل أو الحرمة بناء على مآله على أساس المصالح أو المضار والمفاسد المتوقعة. فاعتبار المآل يعد معيار تطابق مقصد الشارع ومقصد المكلف.ويؤكد الإمام " أبو إسحاق الشاطبي" (توفي 790هـ) هذا المعنى بقوله:(لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك لأن مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على 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 هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات.) [6].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و هو بهذه الخصائص و الميزات فكر اجتهادي كما يتسم بالثبات و الأصالة في مصادر أحكامه الفقهية و مبادئه العامة و أصوله، يتسم أيضا في ذات الوقت بمرونة جعلت وتجعل منه فكرا اجتهاديا و فقها له القدرة في استيعاب كل المسائل و النوازل في كل الأزمنة و العصور، و مذهبا سباقا في بناء ما صار يعرف بالنظريات الكبرى التي أسس لها من خلال استقراء فروعه الفقهية الحافلة بالأحكام التي يمكن أن تتجمع و لتشكل بناء تصوريا كليا يجمع كل تلك الفروع.

و هو بهذا فكر اجتهادي يجمع بين الواقع و المتوقع أثناء تنزيل الأحكام الشرعية على مجالها ، الأمر الذي يكرس صفة الديمومة و قدرة الشريعة الإسلامية على توصيف الحلول لمشكلات أي عصر، و يرفع عنها في ذات الوقت صفة الجمود و القصور على نصوص محدودة لم تعالج إلا قضايا ظرفية تجاوزها الزمن .

على ضوء هذا المنهج المقاصدي في الحكم على أفعال و تصرفات المكلفين تجد نظرية التعسف في استعمال و التي تعد من أكبر النظريات التي أنتجها و صاغها الفكر القانوني الحديث و ضبط بها تصرفات الأفراد و استعمالهم لحقوقهم، بالنظر إلى ما يحققه استعمال الحق و يؤول إليه من مضار تفوق المصالح المرجوة منه، أو بالنظر إلى الغاية المقصودة و المنشودة من صاحب الحق و مدى انحرافها عن الغاية التي شرع الحق من أجلها، على ضوء كل هذا و ما سبق ذكره تجد هذه النظرية أساسها و قوامها و أرضيتها الصحيحة و المتينة التي تبنى و ترسوا عليها في الفقه الإسلامي بصورة عامة ، و في الفقه المالكي بمبادئه و قواعده و فكره و منهجه الاجتهادي بصورة أخص.

هذا و قد ضبط الفكر القانوني نظرية التعسف بضوابط و معايير يتحدد من خلالها الاستعمال التعسفي للحق من عدمه، و هي معايير تتراوح بين قصد الإضرار بالغير والانحراف بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها يصبح بموجبها التصرف يشكل خطئا يرتب المسئولية التقصيرية على صاحبه ، تبناها المشرع الجزائري في القانون المدني من خلال نص المادة 124 مكرر، و هي معايير نجد أن للفقه المالكي فضل السبق في إرساءها عند استقراءنا و تتبعنا للكثير من الفروع الفقهية التي بحثها فقهاء المذهب في أبواب مختلفة كأبواب الضمان ورفع الضرر.كما بحثوها في أنواع الارتفاقات و مضار الجوار، حيث أوردوا صورا تطبيقية عملية للتعسف كثيرة تتعلق جميعها برفع الضرر باعتباره المحور الذي تدور عليه نظرية التعسف وتدور حوله وترجع إليه أغلب المعايير، فقد توسع

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

فقهاء المالكية في بحث الضرر حتى أطلق على نظرية التعسف اسم نظرية الضرر عند بعض الباحثين المعاصرين[7].

منطلقا من فرضية أن لفقهاء المالكية دورا كبيرا جدا في إرساء و تأصيل معايير وضوابط نظرية التعسف التي استقر عليها الفكر القانوني الوضعي و سبقهم في ذلك - و إن كان بشكل تطبيقي عملي لا نظري لأن الفقه الإسلامي بصورة عامة فقه عملي أكثر منه نظري- بالنظر لمنهجهم الاجتهادي في استنباط الأحكام و تنزيلها على أفعال المكلفين وتكييف أفعالهم على وفق مقاصد الشرع من خلال أخذهم و تكريسهم لمبدأ النظر في مآلات الأفعال و مراعاة الباعث.

و على أساس هذا المنطلق، تأتي هذه الدراسة لمحاولة إثبات هذا الافتراض من خلال منهج استقرائي و تحليلي لجملة من المسائل و الأحكام الفقهية الضابطة لتصرفات المكلفين في الفقه المالكي، تتضمن عللها و مقاصدها على ما اعتبره القانون معايير للاستعمال التعسفي للحق.

كل هذا عبر محاولة الإجابة عن التساؤل الذي يعد إشكالية هذه الدراسة و المتمثل في: **ما أهم الشواهد الفقهية التي تعكس دور الفقه المالكي و ريادته في إرساء معايير التعسف في استعمال الحق على ضوء ما استقر عليه الفكر القانوني و نصت عليه المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري ؟.** من خلال المحاور التالية:

أولا: تصور الفقه الإسلامي لفكرة التعسف في استعمال الحق.

ثانيا: أصالة فكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه المالكي.

ثالثا: دور الإمام الشاطبي في إرساء معايير التعسف في استعمال الحق و تطويرها.

رابعا: معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون.

خامسا: معايير و ضوابط التعسف في استعمال الحق في التشريع المدني الجزائري.

سادسا: معايير التعسف في استعمال الحق من خلال فروع الفقه المالكي.

1-المعيار الذاتي أو الشخصي.

2-المعيار الموضوعي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا: تصور الفقه الإسلامي لفكرة التعسف في استعمال الحق.

ينطلق الفقه الإسلامي في تصوره لحقيقة التعسف في استعمال الحق أي حين يمارس شخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حكم شرعي ثبت له أو بمقتضى كونه فعلا مباحا يلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكم المشروعية ، ينطلق من نظرته الاجتماعية للحق حين قيده من حيث وسائل استعماله أو ما يقصد به من مصالح بالنسبة لصاحبه أو بالنسبة للغير فردًا كان أو جماعة بقيود مؤداها المحافظة على مقصود الشرع، والمحافظة على حق الغير، لأن الحق في الفقه الإسلامي يأخذ صفة مزدوجة فردية واجتماعية، وائم الشرع بينهما ووازن بضوابط هي عين العدالة وحقيقتها، حيث أقر عند التعارض واستحالة التوفيق بينهما تقديم المصلحة العامة مع التعويض العادل للفرد، وكل هذا سدًا لأي طريق وقطعًا لأي وسيلة قد تؤدي إلى لحوق الضرر أو مضرة بالغير، وعلى هذا اعتبر الحق في الفقه الإسلامي منحة إلاهية وهذا ليتصف بصفة المشروعية من حيث الوسيلة والمقصد، أي المصلحة المرجوة من استعمال الحق والتصرف فيه، فليست المصلحة في الشرع مجرد المنفعة والفائدة الشخصية المحضة المشروعة التي يجنيها صاحب الحق كثمرة لاستعمال حقه دائمًا وإنما المراد بها تلك التي رسمها الشارع وأقرها للحق، إقرارًا يُبنى على عدم معارضتها لمصالح أخرى أرجح منها، لذا فإن أي مصلحة ولو كانت مشروعة في الأصل إذا عارضت مصلحة أخرى أصبحت غير معتبرة شرعًا وذلك لإفضائها إلى مفسدة أو مضرة كما يقول الإمام "العز بن عبد السلام"(691هـ-751هـ) : (فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة)[8] ، لذا فإن المصلحة والتي هي غاية الحق الفردي لا تبقى على أصلها من المشروعية إلا إذا اتسقت مع التنظيم الشرعي العام بأن لم تتناقض مع قواعده الشرعية العامة وهو جوهر ولب فكرة التعسف في استعمال الحق[9]، أي العمل على تحقيق المصلحة الخاصة دون النظر إلى ما سيؤول عنه من مضرة مادام العمل مشروعًا موصوفًا بكونه حقًا، ولو تناقض في مقصوده ومآله مع روح الشريعة ومقصدها.

ولا يفهم من هذا أن الفقه الإسلامي ذا نزعة جماعية مطلقة تجعل الفرد مجرد آلة لخدمة مصالح الجماعة فحسب، وإنما كما وضحنا سابقًا فإن منشأ فكرة التعسف في استعمال الحق فيه واستوائها على أصولها نابع من صفته المزدوجة في إقراره للحقوق فردية وجماعية، غير أنه حمى وحافظ على حقوق الصالح العام والجماعة بما قيد به

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحق الفردي بقيود في مجملها وبُعدها قيود أخلاقية، وذلك ليحافظ على الحق الفردي ومصالح الفرد في حد ذاته وتجعله يحمي من تلقاء ذاته الحق العام عند استعماله لحقوقه والسعي لتحقيق مصالحه، ولكن عند التعارض أي إذا أفضى الحق الفردي إلى إلحاق مضرة أكيدة راجحة لم يعتبر هذا الحق مشروعًا وليس لصاحبه أن يتمسك بمبدأ مشروعية الفعل لأن هذا عين التعسف الذي درأه الشرع حينما شرع الحقوق حيث لم يشرعها لتكون مصدرًا لمفاسد راجحة لأن أساس بناء الشريعة كما أقر ذلك العلماء جلب المصالح ودرء المفاسد.

وعلى هذا فالحق الشخصي في الشريعة الإسلامية لا يكفي حتى يكون استعماله مشروعا أن تتحقق المصلحة الشخصية التي شرع من أجلها، بل يجب مع هذا ألا يختل التوازن بينه وبين مصلحة خاصة أخرى هي في الشرع أشد رعاية، أو بين مصلحة الجماعة بحيث لا يفضي استعماله إلى مفاسد راجحة في الحالتين[10].

وعليه يمكن القول أن فكرة التعسف في استعمال الحق قد ارتبطت بالفقه الإسلامي ارتباط وجود ، مبدؤها اعتبار الفقه الإسلامي الحقوق منحًا إلاهية قصد تحقيق مصالح مرجوة فردية كانت أو عامة، و كذا إرساؤه في ذات الوقت ميزان العدل بينهما في حال تعارضهما من خلال ما وضعه من قيود قيد بها الحق الشخصي للفرد باعتبار أنه ليس حقا مطلقًا، وإنما حق فطري شرعه له من فطره وخلقه وهو الله عز وجل. بل هو ميزان كذلك عادل بين الحقوق الفردية فيما بينها باعتبار رجحان المفسدة عن المصلحة المرجوة، وعليه فإن حرص الفقه الإسلامي في تشريعه للحقوق على مبدأ التوازن وعدم الإخلال به عند استعمالها، يؤسس وبكل وضوح لنظرية التعسف في استعمال الحق، إذ لو كان فقها يقوم على أساس تقديس الفرد وجعله محور تشريعه لما منع الفرد من استعمال أي حق بأي وجه يريده ومن غير أي قيد، فله مطلق التصرف في استعمال حقه لا يحده إلا ما يعرف بالآداب العامة فحسب ولو كان فقها بنى تشريعه على أساس الجماعة فحسب حيث يتحول الفرد إلى مجرد آلة وأداة لتحقيق مصالح غيره من الجماعة ولو على حساب مصالحه الشخصية، فلو استعمل حقا لتحقيق مصلحة شخصية فطرية كان متعديًا، لما منح له حقوقا خاصة به لتحقيق مصالحه، فلو كان الفقه الإسلامي على أحد هذين الوجهين في تشريعه فلا مبرر ولا معنى لنظرية التعسف فيه والأخذ بها، فعلى الوجه الأول لا يعتبر متعسفا لكونه يستعمل الحق في حدود ما شرع له من حرية مطلقة،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعلى الحال الثاني يعتبر متعديًا متجاوزًا إلى حق غير مشروع له أصلاً، بينما التعسف يتأسس عند الإقرار بالحقين معًا ويُساء استعمالهما بما يلحق ضررًا بالجماعة إذا كان الحق فرديًا مستعملاً، أو بالفرد كأن تستعمل السلطة حقًا لها يلحق ضررًا بفرد من الأفراد ليس فيه مصلحة راجحة، وهذا ما هو عليه الشأن في الفقه الإسلامي، ولعل أحكامه في مجال الملكية وما قيده بها لأظهر دليل على تأسيس نظرية التعسف فيه.

ثانيا: أصالة فكرة التعسف في استعمال الحق في الفقه المالكي.

يعتبر المذهب المالكي من أوسع المذاهب أخذا بفكرة التعسف في استعمال الحق إن لم يكن المذهب الوحيد الذي مهد وأسس الأصول ووضع المعايير الثابتة لهذه النظرية، وهذا عند استقراء جملة من مرويات إمام المذهب، و جملة من الأحكام الفقهية المبنية على رفع الضرر القائم و دفع الضرر المتوقع.

فباستقراء مؤلفات المذهب بدءا مما كتبه "الإمام مالك" رضي الله عنه (92هـ-179هـ) من خلال كتابه "الموطأ" الذي حفل بمرويات تؤسس لأصول النظرية ومعاييرها، وتشهد على السبق في رسم معالم هذه النظرية، من ذلك ما صدَّر به باب القضاء في المرفق مما رواه عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((**لا ضرر ولا ضرار**))[11]، وهو حديث يعد أصلا عاما لنظرية التعسف. و أحاديث كثيرة تأكد مبدأ تقييد استعمال الحقوق بعدم استخدامها وسيلة للإضرار بما يرسخ هذا الأصل الثابت في هذا الحديث.

و من ذلك ما روي مباشرة بعد حديث لا ضرر ولا ضرار، حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((**لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم**))[12].

فهذا الحديث صريح في منع المالك من التعسف في استعمال حقه في التملك يمنع جاره من غرز الخشب في جداره، لأنه يكون مسيئًا في استعماله هذا الحق، لأن منع المالك في هذه الحالة يعتبر قصدًا للإضرار بالجار فلا يجوز له التمسك بهذا الحق مادام غرز الخشبة في جداره لا يترتب عليه أي ضرر، أو أن الضرر المترتب تافه يمكن إصلاحه وتلافيه، أو كان الضرر الناشئ أتفه من الضرر الذي يلحق الجار من جراء المنع، لأنه تعسف بيّن.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أورد في الحديث الذي بعده أيضا قضية محمد بن مسلمة التي حكم فيها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقوله: ((**والله ليمرن به ولو على بطنك**))[13].

يقول الدكتور "فتحي الدريني" معلقا على الحديث: (فقد دل قضاء عمر رضي الله عنه بمرور الماء على أرض محمد بن مسلمة ولو جبرًا ثبوت حق الارتفاق لأصحاب الأراضي المتجاورة بعضهم قبل بعض، كحق إمرار الماء في أرض الغير، أو حق العبور من خلالها واتخاذ طريق فيها، وإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه اعتبر تعسفا في استعمال حقه ويجبر على التمكين ما لم يلحقه ضرر بيّن)[14] .

إضافة إلى شواهد كثيرة رواها الإمام مالك في موطئه ترسخ مبدأ منع الإضرار عن طريق التصرف المباح استعمالا للحق كتقييده منع الخطبة على الخطبة بحصول التراكن والاتفاق والتراضي[15]. وما جاء في الخلع من أنه إذا عُلم أن زوج المفتدية (المخالعة) قد أضر بزوجته وضيق عليها وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق ورد عليها مالها، حيث قال "الإمام مالك": (فهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا)[16].

إضافة إلى ما زخرت به "المدونة الكبرى" للإمام مالك برواية "سحنون التنوخي" (توفي 240هـ) عن أبي القاسم (132هـ-192هـ) بمبادئ وأحكام وفتاوى وتطبيقات لنظرية التعسف، مما تعلق بحقوق الارتفاق والجوار وعضل الولي وفي القسمة وغيرها مما يعد تطبيقات عملية للأصل الذي انطلق منه الإمام مالك رضي الله عنه في كتابه الموطأ وهو أن لا ضرر ولا ضرار.

وقد واصل تلامذة الإمام مالك وأصحابه من بعده في تأصيل هذه النظرية من خلال أحكامهم وفتاواهم المبنية على درء الضرر كأبي محمد بن أبي زيد القيراواني (310هـ-386هـ) في "رسالته" في باب الأقضية والشهادات[17] مثلا، والقاضي "عبد الوهاب بن علي البغدادي" (362هـ-422هـ) في "كتابه "الإشراف على نكت مسائل الخلاف" في مسائل الصلح والمرافق وطلاق المبتوتة مثلا، حيث يتجلى مما أورده القاضي عبد الوهاب أن التعسف يتجلى في التصرفات من خلال الحالات التالية:

- جواز إخراج الكوة من البناء إذا لم يقع بها ضرر ومفهومه أنه إذا وقع ضرر للغير فلا يجوز وبالتالي يكون من فعل ذلك بإلحاق ضرر متعسفا [18].

- مسألة الحائط المشترك في حالة انهدامه، أنه يجبر الممتنع من إعادة البناء لأن في امتناعه تعسفا يضر بالشريك الآخر ولو أنه حر في جزء من ذلك البناء الراجع إلى ملكيته[19] .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

-طلاق المريض فيه تهمة إخراج الزوجة من الميراث ولو لم يكن مقصودا، بل يعتبر تصرفه قرينة غير قابلة للعكس على ذلك [20] .

وكذا القاضي "أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي" (403هـ-474هـ) في كتابه "المنتقى" وهو شرح للموطأ والذي انطلق فيه من حديث لا ضرر ولا ضرار متناولا على ضوئه عدة أحكام وتطبيقات ومسائل تدور كلها وتتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق ومبادئها ومعاييرها[21].

وعرفت نظرية التعسف تطورا من حيث تصور قوامها وسببها، حيث بعد أن كان تناولها يقتصر على منع الضرر لدى من ذكرنا من الفقهاء، جاء الفقيه "شهاب الدين القرافي" (626هـ- 684هـ) وبناها على أساس جديد هو التسبب في الضرر الموجب للضمان، أو ما يعرف بالمصطلح القانوني المعاصر بالمسئولية المدنية من خلال كتابه "الفروق"، حيث أشار إلى هذا في الفرق الحادي عشر بعد المائة، بين قاعدة ما يضمن وبين قاعدة ما لا يضمن، حين عدد أسباب الضمان في الشريعة وأرجعها إلى ثلاثة أسباب، يقول: (ثانيها التسبب للإتلاف كحفر الآبار في طرق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر أو في أرضه ولكن حفرها لهذا الغرض.....و كالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان فإن الظالم إذا أخذ المال بذلك السبب من الكلام ضمنه المتكلم....و كمن مر على حبلة(شبكة صيد) فوجد فيها صيدا يمكنه تخليصه و حوزه لصاحبه فتركه حتى مات يضمنه عند مالك لأن صون مال المسلم واجب ومن ترك واجبا في الصون ضمن، وكذلك إذا مر بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها وجب عليه أخذها وإن تركها حتى تلفت مع قدرته على أخذها ضمنها...)[22].

فهذه بعض مما أورده الإمام "القرافي" من صور التعسف في استعمال الحق بما يتسبب من جرائه الضرر للغير سواء في صورة الفعل الإيجابي أو في صورة الفعل السلبي أي الامتناع.

إلى غير ذلك مما كتبه فقهاء المذهب بما يؤسس ويؤصل لهاته النظرية الكبرى من فروع ومسائل فقهية تدور جلها على معيار وجوب نفي الضرر ودرءه في التصرفات سواء بالفعل أو التسبب، كالإمام محمد بن جزي الغرناطي (693هـ-741هـ) من خلال كتابه "القوانين الفقهية"، والشيخ خليل بن إسحاق (توفي 676هـ) في مختصره المأخوذ من

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدونة، وبرهان الدين إبراهيم بن فرحون (توفي 799هـ) في كتابه "تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام".

وقد جمع أبو بكر بن محمد بن عاصم الأندلسي (670هـ-829هـ) في منظومته المسماة "تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام" عددا من المسائل التي يتعلق بها تحقق الضرر في التصرفات، مما يستخلص منها مظاهر ومعالم نظرية التعسف. من ذلك ما قاله في مضار الجوار[23]:

و محدث ما فيه للجار ضرر مُحَقَقٌ يُمنع من غير نظر
كالفرن والباب ومثل الأنْدَرِ أو ماله مضرة بالجُـــدر

وقوله في مسائل الإرفاق[24]:

إرفاق جار حَسَـن للجـــار بمسقى أو طريق أو جدار
و الحدُّ في ذلك إن حُد اقْتُفي و عُدَّ في إرفاقه كالســلف

ثالثا: دور الإمام الشاطبي في إرساء معايير التعسف و تطويرها

يُعد الإمام الشاطبي (توفي 790هـ) وكتابه "الموافقات في أصول الشريعة" بحق مؤصل نظرية التعسف ومخرج معاييرها عبر مراعاة الجوانب النفسية والذاتية، و هذا من خلال النظر في مآلات الأفعال و ما ينبني عليها من قواعد، تلك القواعد التي تعتبر موازين لنظرية التعسف في استعمال الحق في جانب من معاييرها الموضوعية، حيث إذا قصر العامل النفسي في إحداث الضرر، جاء المعيار الموضوعي المبني على حدوث الضرر، بغض النظر عن نية إحداثه ومنه تنطلق الموازنة بين المصلحة والضرر وبين المقارنة بين الأضرار[25].

ويتلخص هذا في ما قاله كقاعدة عامة يجب أن تراعى في سائر التصرفات:(كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع فعمله باطل)[26] .

و مبدأ اعتبار المآل مبدأ هام في أحكام الشرع وأفعال المكلفين من حيث تنزيل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين، وتكييف أفعالهم على وفق مقاصد الشرع، حيث يأخذ الفعل حكم الحل أو الحرمة بناء على مآله، على أساس المصالح أو المضار والمفاسد المتوقعة. فاعتبار المآل يعد معيار تطابق مقصد الشارع ومقصد المكلف.

ويؤكد الإمام "الشاطبي" هذا المعنى بقوله:(لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك لأن مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وباطنه على 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 هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات)[27] .

وبالنظر إلى القواعد التي يتأسس عليها مبدأ اعتبار المآل كقاعدة سد الذرائع وقاعدة الحيل وغيرها[28]، هذه القواعد التي تجد نظرية التعسف في استعمال الحق امتدادها ضمنها وترسي معاييرها، مما يربط بين مبدأ اعتبار المآل بنظرية التعسف في استعمال الحق من حيث أن كليهما يشكلان مسلكا وقائيا، وذلك من خلال تقييد الحق الفردي بما شرع من أجله وتوجيه استعماله باعتباره وسيلة إلى ما أنيطت به من مقاصد وغايات. فإذا آل الفعل أو التصرف على ضرر ولو من دون قصد فيجب منعه درءا للتعسف فيه.ويلخص هذا الإمام "الشاطبي" بقوله:(النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك...)[29] .

وقد أكد على اعتبار المآل كضابط يجب على الفقيه أن ينضبط به ويراعيه في فتاويه حين قال:(وضابطه أنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فأعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلتها فلك أن تتكلم فيها، إما على العموم، وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم. وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية)[30].

و مما يتفرد به الإمام الشاطبي أيضا عن غيره من الفقهاء أنه إلى جانب إرساءه للقواعد العامة التي تؤصل لفكرة التعسف، فإنه لم يقتصر على معيار الضرر الناتج عن استعمال الحق كضابط للاستعمال التعسفي للحق و الذي يشكل المعيار المادي للتعسف و الذي قال به غالبية الفقهاء استنادا إلى قواعد دفع الضرر و رفعه، حيث يحسب للإمام الشاطبي سبقه إلى التنبيه إلى مراعاة المعيار المعنوي أو ما قد يُصطلح عليه "بالنظرية

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المعنوية في استعمال الحق"، و التي مدارها التركيز على نية مستعمل الحق، و تتبع حركاتها عند استعماله لحقه، و ذلك في ضوء الدلائل و القرائن الخارجية التي تشير إلى ذلك[31].

و قد نبه على هذا حين أوجب تنفيذ الأحكام الشرعية وفقا للمقاصد التي وضعت لها. من خلال كلامه على بطلان العمل المغاير لقصد الشارع، فعلى أساس أن التصرفات المأذون فيها كلها راجعة إما إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة، فإن هذه التصرفات بحسب نية و قصد صاحبها و تذرعه بها إلى إلحاق الضرر بالغير أقسام متعددة[32] اختصرها الدكتور "صبحي المحمصاني" في أربعة أقسام، تضمن القسمين الثالث و الرابع منهما النظرية المعنوية لسوء استعمال الحق و ذلك في صورة:

- إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا لم يقصد منه فاعله إلا الإضرار بالغير، فهذا ممنوع من دون شك.

- إذا كان الفعل المأذون فيه شرعا قد قصد به فاعله نفع نفسه و الإضرار بغيره معا، كالمرخص سلعته قصدا لطلب معاشه و صحبه قصد الإضرار بالغير. ففي هذه الحالة هل يُراعى جانب نية و قصد الإضرار بالغير فيصبح الفعل غير مأذون فيه، أم يرُاعى قصد و نية طلب المعاش و بالتالي يبقى التصرف على حكمه الأصلي في الإذن و يتحمل إثم ما قصد من الإضرار.

و حاصل الحكم فيها أن هذا التصرف يترجح فيه قصد الإضرار فيُمنع إذا كان بالإمكان تحقق المصلحة و النفع للفاعل بوجه آخر، لأن إتيانه الفعل بالوجه الأول يصبح لأجل الإضرار ، فليتقل عنه و لا ضرر عليه. فيما يترجح قصد طلب المنفعة و المصلحة و يبقى الفعل و التصرف على أصل الإذن فيه و لا يُمنع إذا لم يكن له محيص عن الوجه الذي يُلحق به الضرر بالغير، لأن حق من ثبت له الحق مقدم و لا يمنع أبدا من استعماله. ليتلخص كلام الإمام الشاطبي في أن الحق يُمنع استعماله إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

و على الجملة – يقول الدكتور صبحي المحمصاني- أن هذه النظرية – المعنوية- موافقة أكثر من غيرها لروح التشريع الإسلامي....و أنها بعينها النظرية الحديثة لسوء استعمال الحقوق، إن لم تكن أرقى منها من حيث الدقة و التعليل[33] .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

رابعا: معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في الفكر القانوني

معايير التعسف هي الصور و الضوابط التي على أساسها يوصف التصرف بكونه تصرف تعسفي، ومنه الحكم على أن صاحب الحق يستعمل حقه استعمالا فيه تعسف.وهذه الضوابط بمجموعها تشكل الصورة الكاملة لنظرية التعسف.

وهذه المعايير من شأنها أن تضبط وتحدد ماهية الفعل وتساعد في ترتيب الجزاء المناسب من المنع أو الإجبار أو الضمان ، ذلك أن صاحب الحق في تصرفه تنتابه أكثر من غاية منها ما هو مشروع ، ومنها ما غير ذلك ، ومن الصعب الكشف عن نيته وقصده، إلا أن الملابسات والقرائن وظروف الحال وتحديد معايير تضبط الفعل كل ذلك يخدم القاضي أو ولي الأمر عند الحكم في مسائل النزاع في الحقوق .

و باستقراء تاريخ نشأة نظرية التعسف نلاحظ مدى تخبط الفكر القانوني من خلال أفكار وفلسفة كل من المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي بين منكر لفكرة التعسف في استعمال الحقوق باعتبارها فكرة أقرب لعلم الأخلاق منها للقانون، و بين و مؤيد لها، بناء على فكرة نسبية الحقوق وإطلاقها[34]. بل حتى مؤيدوا نظرية التعسف لم يجمعوا على معيار أو مقياس يتحدد بموجبه التعسف ويتحقق، ومرد هذا ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق في حد ذاتها من حيث استعماله، لأن فكرة التعسف في حقيقتها هي تحديد وضبط مدى استعمال الحق، حيث نجد من الفقهاء من قصر دور فكرة التعسف على مجرد كونه دورًا أخلاقيًا يقتضيه الشعور الأخلاقي السامي في استعمال الحقوق، مما أدى بهم إلى تضييق مدلول التعسف وحصره في جانب النية والقصد بالإضرار لدى صاحب الحق وهذا ما يعرف بالمعيار الشخصي أو الذاتي[35].

في حين ذهب فريق آخر إلى الاعتداد – بعكس ما ذهب إليه الفريق الأول – بالضرر الناتج عن التصرف وذلك باستعمال الحق استعمالا يخالف الغرض الذي من أجله شرع دون النظر إلى نية صاحبه و هذا ما يعرف بالمعيار الموضوعي أو المادي[36]. و بالتالي فقد تجاذب فكرة التعسف في تحديدها معياران: معيار ذاتي شخصي ومعيار مادي موضوعي.

المعيار الذاتي أو الشخصي- أي تمحض قصد الإضرار بالغير- يعد من أقدم المعايير و أكثرها شيوعا عرفته الشرائع القديمة كالتشريع الروماني، و استقر الأخذ به لدى من جاء بعدهم بما في ذلك الفقه الإسلامي ، فهو يمثل التعسف في صورته البدائية الضيقة[37]، وهذا لكون التعسف مرتبط بفكرة الحق ارتباطاً تامًا، والحقوق لم تشرع إلا لجلب مصالح

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومنافع لأصحابها أو دفع ضرر عنهم، فإذا ما استعملت هذه الحقوق لتحقيق الأضرار والأذى بالغير فقد ألغى صفة مشروعيته، وأصبح صاحبه غير محمي قانونًا بهذا الوصف.

و لصعوبة إثبات هذا المعيار كون قصد الإضرار يرتبط بالنية كباعث، وهي مسألة نفسية يصعب إقامة الدليل مباشرة عليها، فإنه يستعان بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف[38]، أو الإستعانة بالقرائن الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها في التعرف على نية الإضرار[39]، كانتفاء المنفعة و انعدامها في التصرف في الحق، لأن استعمال الحق دون منفعة قرينة على أنه لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنية الإضرار مفترضة في هذه الحال. فالمعيار الذاتي إذن يقوم على نية الإضرار الثابتة و المفترضة[40]، أو تفاهة المصلحة كقرينة على نية الإضرار، لأن الحقوق لم تشرع إلا للمصالح الجدية الحقيقة ذات الأهمية لصاحب الحق نفسه و للمنفعة الاجتماعية أيضا، فإلحاق ضرر بالغير مقابل مصلحة تافهة تتحقق لصاحب الحق يعد تعسفا في استعمال الحق[41] .

أما المعيار الموضوعي أو المادي فهو معيار لا يستند على جانب قصد صاحب الحق بفعله كالمعيار الشخصي السابق ذكره، و إنما يقوم على الموازنة، من خلال التفاوت الكبير بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق من استعماله لحقه و الضرر الذي يصيب الغير[42].

وقد عرف الفقه الإسلامي هذا المعيار بالاختلال البين في توازن المصالح، حيث أقرت الشريعة الإسلامية -كما بينا سابقا في تصور الفقه الإسلامي لنظرية التعسف – معيار التناسب و التوازن بين المصالح المتعارضة، بحيث يصبح استعمال الحق تعسفيا إذا كان على وجه يخل بالتوازن بين المصالح المتعارضة إخلالا بينا، أي رجحان الضرر المترتب على استعمال الحق على المصلحة التي يجنيها صاحب الحق، سواء كان ذلك الضرر لاحقا بالفرد أو الجماعة، و سواء كان مقصودا أو غير مقصود، فلا يعتد في المعيار المادي بالقصد بل بالنتيجة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خامسا: معايير و ضوابط التعسف في استعمال الحق في التشريع المدني الجزائري

سلك المشرع المدني الجزائر مسلك الكثير من التشريعات العربية في أخذه بنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث نص على اعتناقه فكرة التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني بقوله:

(يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة).

ومما يظهر من منطوق نص هذه المادة أخذ المشرع الجزائري بمعيارين و ضابطين اثنين للاستعمال التعسفي للحق مزج من خلالهما بين الفقه الإسلامي و الفقه القانوني الحديث، فقد أخذ بالمعيار الشخصي أو الذاتي وذلك فيما تضمنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة. مع الإشارة إلى أن استعمال المشرع عبارة " لاسيما في الحالات الآتية" تفيد أن المعايير المذكورة في النص هي أهم المعايير غير أنها ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، مما يسمح معه للقاضي أن يمارس رقابة واسعة على الاستعمال التعسفي للحقوق بحيث تمنح له حرية وسلطة تقديرية في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع وذلك عن طريق القياس أو الاجتهاد.

سادسا: معايير التعسف في استعمال الحق من خلال فروع الفقه المالكي

أبدع الفقه الإسلامي في ضبط معايير التعسف بما يرسي نظرية التعسف فيه رسوا متينا من خلال ما ذكرنا سالفا في فلسفة التشريع الإسلامي في تصور فكرة التعسف وذلك باعتبار القصد والباعث عند التصرفات على اختلاف بين الفقهاء من حيث التوسع والتضييق في اعتبار ذلك، مما أكد فكرة نسبية الحقوق في الفقه. ومن خلال تأسس كذلك الشريعة في أحكامها على مبدأ جلب المصالح ودرء المفاسد بجميع أنواعها: يمكن القول بأن نظرية التعسف فيه تقوم على معيارين جمع بينهما. و هما المعيار الشخصي أو الذاتي أي ما تعلق بصاحب الحق في ذاته ودوافع تصرفه، والمعيار المادي أو الموضوعي أي ما تعلق بما ينجم وينتج عن التصرف من مضار ومفاسد عند استعمال الحق، ويندرج تحتهما ضوابط تضبط التصرف أو الحق عند استعماله.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و قد حفل الفقه المالكي بمسائل و فروع فقهية ترسي أحكامها و تؤسس لمعايير هذه المعايير و الضوابط في شقيها الذاتي و الموضوعي، كونها أحكام بنيت على أساس دفع الضرر الواقع و المتحقق على استعمال الحق أو التصرف، أو على أساس دفع الضرر المتوقع من خلال ابتناء هذه الأحكام على قاعدة النظر في المآلات و مراعاة البواعث والمقاصد .

1- المعيار الذاتي أو الشخصي:

يراعي هذا المعيار كما وضحنا الجوانب والعوامل النفسية المحركة والدافعة على استعمال الحق أو التصرف، أي ما يقصده صاحب الحق من هذا الاستعمال، من قصده الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة[43]، ويندرج تحت هذا المعيار معياران ثانويان:

- تمحض قصد الإضرار بالغير.
- قصد غرض غير مشروع.

أ /- تمحض قصد الإضرار بالغير:

يعد قصد الإضرار بالغير أول صورة من صور التعسف، و أكثرها وضوحا، فلو أن المالك وهو يستعمل حق الملكية كان الدافع له إلى ذلك هو إحداث ضرر للجار، بدون أن يصيب منفعة من ذلك،كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفا يستوجب مسؤوليته[44]، ويظل متعسفا حتى و لو ترتب على هذا الاستعمال بعض الفوائد له،فالمنفعة هنا تعد قرينة على قصد الإضرار[45]. ويعد هذا المعيار أكثر المعايير شيوعا في الشرائع الحديثة، لأنه كثيرا ما يسخر المالك حقه لمجرد تحقيق مآرب شخصية للإضرار بجاره[46]. الأمر الجوهري في هذا المعيار هو توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه[47].

يقول "الإمام الشاطبي": (لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)[48].

ونجد لهذا المعيار تطبيقات عديدة في الفروع الفقهية لدى فقهاء المذهب المالكي من ذلك سماع الدعاوى الكيدية وتأديب المدعي ، يقول "الإمام ابن فرحون" (توفي 792 ه): (أنه لو ادعى صعاليك على أهل الصلاح والطهارة دعاوى باطلة وليس لهم من قصد سوى التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلامًا وامتهانًا لا تسمع الدعوى ويؤدب المدعي)[49].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وكذا الزوج الغائب عن زوجته، إذا عُرف مكانه وأمره القاضي بالرجوع إلى زوجته أو أن يطلقها، إن لم يستجب لذلك وأصر على عدم الاستجابة، فإنه يعتبر قاصدا الإضرار، وفي ذلك يقول الإمام "بن جزي"(693 هـ- 741هـ): (فإن وقف له (أي القاضي) على خبر، فليس بمفقود ويكاتبه بالرجوع أو الطلاق، فإن أقام على الإضرار طلق عليه)[50]..

و من ذلك أيضا أنه لا يجوز لقوم أن يغلقوا أملاكهم ويقطعون بذلك طريق من تكون له الأرض بين أملاكهم. وهذه المسألة لها تعلق بالارتفاق، فإذا سور أحدهم ملكه وجعل لذلك بابا، ومنع الممر الذي كان لصاحب الأرض التي وراء الأرض المسورة، يكون بذلك العمل متعسفا قاصدا الإضرار بصاحب الممر. فمن "العتبية"[51] :(قال أشهب وابن نافع: وسئل مالك عمن له ممر في حائط إلى مال له وراء ذلك الحائط ، ولم يكن محظرا، فأراد صاحب الحائط أن يحظر –حائطه- ويجعل عليه بابا؟. فقال مالك: ما أرى ذلك له، إلا أن يرضى بذلك الذي له الممر في الحائط، لأنه إذا كان محظرا مبوبا لم يكن أن يدخل الذي له الممر في الحائط متى شاء، ويوشك أن يأتي ليلا فلا يفتح له، ويقال له: مثل هذه الساعة لا نفتح لأحد)[52] .

كما قد ناقش الإمام الونشريسي (834هـ- 914هـ) مسألة إحداث الكوة وما يترتب عليها من ضرر، وانتهى إلى أنه متى كان التقين من فتح الكوة أن المقصود منها الاطلاع على حرم المسلمين فلا يليق أن يقال فيها بالفرق بين أن تكون حديثة أو قديمة أو سابقة للجار، أو أن الجار إذا رضي بإسقاط الطلب وسدها على صاحبها سقط مقاله فيها، لأن الجار في هذه المسألة لا يعتبر رضاه ولا غير ذلك منه، إذ لاحق له في ذلك باعتبار هذا الحق حقا لله تعالى.

و يعلل هذا بقوله: (ومما يزيدك في المسألة بيانا أن مذهب مالك رضي الله عنه التفرقة بين أن تكون الكوة يمكن منها التكشف على الجار بغير سُلَّم ولا سرير و لا كرسي فيمنع، وبين أن تكون عالية بحيث لا يمكن التكشف منها إلا بسُلَّم فلا يمنع الجار من إحداثها وفتحها على جاره وإن أمكن التوصل إلى التكشف منها بسُلَّم لكن لما كان من النادر أن ينصب المسلم سلمه ويرقى عليه ليطلع على جاره وحرمه ضعفت الذريعة فزال المنع جملة. وبهذا يتبين لك أن المانع عند العلماء في مسألة الكوة لتزايد الضوء إنما هو إمكان الإطلاع منها دون كبير مؤنة أما تحقق الإطلاع والكشف على حرم المسلمين فلا يختلف أحد أنه حرام لا يحل)[53].

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب / - قصد غرض غير مشروع:

أي قصد صاحب الحق باستعمال حقه تحقيق غرضا غير مشروع ينافي ويخالف الغرض والقصد الذي شرع الحق من أجله، فيكون بذلك التصرف باطلاً لمخالفته قصد الشارع من وضع الحقوق، ولا خلاف بين العلماء في هذا لأنه تَحَيُّلٌ على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها[54].

وهذا المعيار له تعلق بقاعدة سد الذرائع في الفقه المالكي واعتبار المآل، حيث تأخذ الوسيلة حكم النتيجة والغاية المفضية إليها أي إذا كانت الوسيلة جائزة وترتب عليها في نهايتها ضرر وجب منعها وسدها.

من هذا استعمال الزوج حق تأديب زوجته الناشز عن طريق الضرب لحملها على الطاعة فإن استعمل الزوج هذا الحق وابتغى به غير التأديب كأن يريد به الانتقام والتعبير عن كرهه أصبح فعله تعسفًا غير مشرع، وفي هذا يقول الشيخ "محمد عليش"(1217هـ - 1299هـ)):(فإن تحقق – للزوج – أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها)[55].

وجاء في نوازل سيدي "المهدي الوزاني" (1266هـ-1342هـ) مما تعلق بتعسف الولي في تزويج بناته القاصرات إضرارا بأمهن :(فإن قامت قرينة على أن الأب قصد بتزويج البنات قبل البلوغ الضرر بأمهن وإسقاط حضانتها، فإنه يمنع من ذلك إلى أن يطقن الوطء، فإن وقع ونزل وزوجهن قبل البلوغ صح النكاح ولكن تبقى للأم الحضانة ولو بعد الدخول، قال الزرقاني على قول المختصر: (وحضانة الأنثى كالنفقة) ما نصه: فهم من المصنف أن الزوج إذا دخل بها قبل إطاقتها الوطء فإن حضانتها تسقط، وهو كذلك، إلا أن يقصد الأب بتزويجها فرارا مما فرض للأم أو إسقاط حضانتها فلا يسقط الفرض ولا الحضانة بعد البناء حتى تطيق. قاله الونشريسي: والنكاح صحيح، وحرم على الأب قصد ذلك. فقوله وحرم على الأب قصد ذلك، يفيد أن الأب يمنع من تزويجها ابتداء قبل أن تطيق، إذ لا يمكنه الشرع من الحرام)[56].

و يستفاد من هذه الفتوى منع الأب إذا قصد بتزويج بناته قبل البلوغ الضرر بأمهن وإسقاط حضانتها، لأن فيه تعسف في استعمال حقه في الولاية، من خلال قصد تحقيق مصلحة غير مشروعة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

2- المعيار الموضوعي: عدم التناسب بين المنفعة المقصودة لصاحب الحق مع الضرر الكبير اللاحق بالغير.

أي تكييف التعسف على أساس الضرر الناتج من استعمال الحق بغض النظر عن نية صاحب الحق، فاستعمال الحقوق التي من هذا النوع لا شأن لها بالنوايا، فسواء أكانت حسنة أم سيئة يمنع صاحب الحق من ممارسة حقه، مادام يضر بالآخرين ضررًا فاحشًا[57]. أما الضرر المألوف فلا بد من تحمله والتسامح فيه، إذ لو قيل بمنعه لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة، مما يخالف ما أقِر وأبيح في ولاية التصرف في الملك[58].

وقد يأتي الضرر وينشأ عند التصرف في الحق، من خلال استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة أو دفع ضرر فيترتب عليه ضرر بالغير أعظم من المصلحة المجلوبة أو الضرر المدفوع، أي عدم التناسب بين المنفعة المشروعة المقصودة لصاحب الحق مع الضرر الكبير اللاحق بالغير جراء ذلك[59]. فإذا استعمل صاحب الحق حقه يقصد به تحقيق مصلحة مشروعة لكن لازم ذلك إضرارًا بالغير مساويًا أو أكبر من المصلحة المقصودة عد ذلك تعسفًا، وهذا سواء كان الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال للحق يلحق بفرد، أو ضررًا عامًا يلحق الجماعة، وهذا أساسه الغاية الاجتماعية للحق، فلابد له أن لا يمس بمصالح العامة فيتلفها، ولأجلها قيد الحق وضُبط بقيود من حيث وسائله وآثاره ونتائجه بأن لا ينجر عنه مضرة للغير أو مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما يترتب عليها من أضرا فاحشة، وكل هذا مبناه قوله صلى الله عليه و سلم : ((**لا ضرر ولا ضرار**))[60] ،وعلى هذا الأساس منع الاحتكار لقوله صلى الله عليه و سلم: ((**لا يحتكر إلا خاطئ**))[61] ، باعتبار لحوق الضرر بالعامة تجارًا ومستهلكين بغلاء السلعة وندرتها، لذا فقد ذهب فقهاء من المالكية إلى وجوب التسعير على الحاكم حالتها بمشورة أهل الخبرة لإزالة هذا الضرر العام[62]، وكذلك في منع بيع تلقي الركبان وهو تلقي التاجر للوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم وشرائها بثمن أقل من السعر القائم، وبيعها لأهل المدينة بثمن مرتفع[63]، لما ورد عن النبي صلى الله عليه و سلم نهيه عن تلقي الركبان، فقد أخرج البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : ((**لا تلقوا الركبان، و لا يبع حاضر لباد**))[64] .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما يمنع صاحب الحق من استعمال حقه إذا كان يلحق ضررًا بفرد بعينه خاصًا، سواء كان الضرر الناشئ أكبر من المصلحة المرجوة أو مساويًا لها، ومن صور هذا ما ذكره فقهاء المالكية كالإمام الباجي[65] و الإمام ابن جزي[66] فيما تعلق بتصرفات المالك في ملكه من أنه إذا أراد فتح كوة – فتحة أو مَطلاً – تشرف على جاره أو شباكًا يشرف عليه فإنه يمنع من ذلك، إذا كانت الفتحة تمكن صاحبها من الإطلاع على جاره وأهله، وذلك لعدم تناسب المصلحة المرجوة من هذا التصرف والتي يرمي إليها المالك وهي دخول الضوء والهواء إلى ملكه مع الضرر الحاصل للجار وهو الإطلاع على حرماته، وقد جاء في مدونة الإمام مالك: (قلت: فلو أن رجلا بنى قصرًا إلى جانب داري رفعها عليَّ، وفتح فيها أبوابًا وكوى يشرف منها على عيالي أو على داري أيكون لي أن أمنعه من ذلك، قال مالك: نعم يمنع من ذلك))[67].

وعليه فإن تصرف المالك في ملكه إذا أدى إلحاق ضرر بالجار أو الغير معنويًا كان أو ماديًا فإنه يمنع من ذلك، وكل هذا عملاً بمآل التصرف وثمرته الذي إذا تنافى مع مقصود الشرع منع.

وكذا ما انتهى إليه "الونشريسي" في معياره حين ناقش فتوى "لأبي عمر بن محمد بن منظور القيسي" (توفي 469هـ) حول نازلة في مؤذن يصعد للآذان على منار يطلع منه على جار له بتلك الجهة ويعاين منه من بمنزله من حرمه حتى ساء ذلك حاله وحال اهله وأضر بهم ومنعهم من التصرف والحركة في منزلهم .

وملخص الجواب أنه اختلفت الفتاوى في هذه النازلة ما بين مبيح لفعل المؤذن ولو ترتب عنه ضرر لما للآذان من حرمة، وما بين مانع لذلك مراعاة للضرر لأن درء المفاسد أولى من جلب المصالح .ولما رأى الإمام أبو عمر بن منظور القيسي ذلك الاختلاف تناول المسألة بتقرير موضعين:

أحدهما: النظر في الحقوق ، حيث نجد أن منها ما يكون حقا لله ومنها ما يكون للعبد، وأن مسألة الكشف والاطلاع على الجار من قبيل ما اجتمع فيه الحقان حق الله وحق الجار. فأما حق الله فيها فبنهيه على الكشف والاطلاع على عورات المسلمين والنظر إلى حريمهم وهذا النهي متحقق في الشرع .....وإما حق الجار في هذه المسألة، فهو ما يحتاج إليه في منزله ووطنه(يقصد مسكنه)من التصرف والحركة في مصالحه ومنافعه....

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وثانيهما : النظر في أصل المسألة، وهو ما أخرجه مالك رضي الله عنه في الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا ضرر ولا ضرار. وفي حديث آخر من أضر الله به، ومن شاق شاق الله عليه.

فبعد أن ثبت أن فعل المؤذن إضرار يدخل في عموم الحديث ما عدا ما فيه من استيفاء لحق مشروع...

ثم ناقش وجه التناسب بين المصلحة والضرر فقال: " وقد بقي أن يُنظر في صعود هذا المؤذن على هذا المنار مع تحقق كونه حين الصعود مطلعا منه على جاره، متكشفا على حرمه، هل تحصل له أو غيره منفعة زائدة على آذانه بباب المسجد إن كان حريصا على الصعود وراغبا فيه؟ أم لا منفعة له و لغيره، فهل تلك المنفعة العائدة بالمضرة على صاحب المنزل المذكور مما استحقها على صاحب المنزل هو أو غيره، أو لم يستحقها عليه أحد؟ وعلى استحقاقها فهل ما يلزم تلك المنفعة من التكشف والنظر والإطلاع على صاحب المنزل وعلى حرمه قادح في هذا الاستحقاق ومُذهب له أم لا؟

وعلى كل تقدير من التقديرات، فعموم النهي عن الضرر والضرار في الحديث شامل لها ومستغرق لها جميعها لكون المؤذن في كل ذلك مضرا لصاحب المنزل المذكور.

وبعد أن ناقش أوجه الرد على ما انتهى إليه، توصل إلى ان الضرر اللاحق للمؤذن في هذه المسألة أصغر من ضرر صاحب المنزل، فليسقط وإذا سقط فلا أثر له في الاعتبار[68].

الخاتمة:

إن أهم ما نخلص إليه في خاتمة هذه الدراسة هو مدى تميز و سبق الفقه الإسلامي بصورة عامة و الفقه المالكي بصورة أخص في تأصيل فكرة التعسف التي تعد اليوم من أهم و أكبر النظريات في الفقه و التشريعات القانونية، و هذا من خلال ما حفلت به فروع الفقه المالكي من تطبيقات و مسائل عملية أرست و طورت و نوعت بثبات و وضوح معايير نظرية التعسف، سواء ما تعلق بالمعايير الداتية الشخصية أو المعايير المادية الموضوعية، حيث تجلى واضحا مدى سبق فقهاء المذهب المالكي و تميزهم في تبين معالم هاته النظرية، لتميزهم بفكر اجتهادي يربط بين التشريع و الواقع في بعده الاجتماعي و الأخلاقي بناءا على القواعد و المبادئ التي يتأسس عليها هذا الفكر الاجتهادي، قواعد مقاصدية تربط بين الواقع و المتوقع من التصرفات و الأفعال، و التنسيق بين المصالح المتعارضة بما يضمن التوازن بين المصالح و الحقوق الفردية، و المصالح و الحقوق الجماعية، و مراعات مقاصد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

و غايات الأفعال و في ذات الوقت عدم الاقتصار على صورتها الظاهرة فحسب، بما يضمن استعمل الحقوق في نطاق من المشروعية التي تضمن دفع المضار و جلب المنافع التي شرعت الحقوق من أجلها.

ولعل هذا التنسيق في تصور بناء الأحكام بين الحكم على ظاهر التصرفات و مراعاة المقاصد و الغايات - المستمد من أصول الشريعة الغراء المبنية على الوحي الإلاهي و الأدوات الاجتهادية المستمدة منه- هو الذي جعل من بناء فكرة التعسف في استعمال الحق و معاييرها التي تقوم عليها بناءً قويا راسيا، لم يعرف التذبذب و اللاثبات الذي عرفته الفكرة في القانون الوضعي، جراء تجاذبات الأفكار الفلسفية حول أصل الفكرة المرتبط بالحق ذاته، بين منكر و مغال، و مُطلِق و مضيق.

هذا و الذي يجعل من المذهب المالكي أكثر المذاهب الفقهية استثمارا لنظرية التعسف في استعمال الحق، و أكثر المذاهب تميزا و تفردا في ضبطه لمعاييرها و إبداعه فيها من خلال ما طرحه الإمام الشاطبي من تقسيمات فيما تعلق بمقاصد أفعال المكلفين، كل هذا يعود إلى طبيعة أصوله و منهجه الاجتهادي الذي يتميز بالطابع المقصدي المحض، و التي أقامت بموجبه معايير التعسف على أصولها الصحيحة، فمراعاة الباعث و النظر في المآل و قاعدة سد الذرائع و قاعدة الحيل و غيرها، أصول تضبط التصرفات التي ظاهرها الجواز، فتصبح غير مشروعة على أساس الباعث أو المآل- الواقع أو المتوقع- غير المشروع، و هذا هو لباب نظرية التعسف كما قال الدكتور فتحي الدريني[69].

لنخلص إلى أن القول بريادة الفقه المالكي و سبقه و كبير دوره في بناء نظرية التعسف في استعمال الحق و إرساء معاييرها التي استقر عليها الفكر القانوني حديثا، ليس قولا مرده الانتصار و التعصب المذهبي، و إنما قول متأسس على شواهد و مسائل حفلت بها خزائن الموروث الفقهي المالكي، بما يعكس مدى واقعية هذا الفقه في معالجة النوازل بما يضمن جلب المنافع و دفع المفاسد و المضار عن الأفراد و الجماعة، ليس فقط ما هو متحقق وواقع فقط كطريق علاجي في الحين، بل يمتد إلى ملاحظة ما يتوقع كطريق وقائي.

و على هذا نوصي الباحثين بالغوص أكثر في أعماق هذا الفقه المالكي و دراسة أصوله و منهجه الاجتهادي الذي من شأنه أن يؤسس أو يعيد تصحيح بناء الكثير من الأفكار أو التصورات بل و حتى النظريات التي تشكل عماد الكثير من التشريعات القانونية المعاصرة كنظرية التعسف في استعمال الحق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الهوامش:

[1]عرف الشيخ أبو زهرة النظر إلى مآلات الأفعال " أن يأخذ الفعل حكما يتفق مع ما يؤول إليه، سواء أكان الفاعل يقصد إلى ذلك الذي آل إليه الفعل أم لا يقصده، ، فإذا كان الفعل يؤدي إلى مطلوب فهو مطلوب، و إن كان لا يؤدي إلا إلى شر فهو منهي عنه". محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دون رقم و تاريخ للطبعة،دار الفكر العربي، مصر، ص 288. و بتعريف وجيز للدكتور محمود هرموش " الحكم على مقدمات التصرفات بالنظر إلى نتائجها". عبد الرحمان بن معمر السنوسي، اعتبار المآلات و مراعاة نتائج التصرفات- دراسة مقارنة في أصول الفقه و مقاصد الشريعة-، ط1، دار ابن الجوزي، 1424هـ، هامش رقم: 2، ص 19.

[2] يقصد بالباعث: "الدافع الذي يحرك إرادة الشيء للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر". فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1977، ص 207. و بتعريف آخر للدكتور عبد الرحمان بن معمر السنوسي: "هو النية الحاملة لصاحبها على انشاء التصرف و القيام بالفعل". عبد الرحمان بن معمر السنوسي، المرجع نفسه، ص 216.

[3]"الحيلة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي و تحويله في الظاهر إلى حكم آخر... كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة". الموسوعة الفقهية، ج36،ط1، إصدار وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية – الكويت، 1996، ص 241.

[4]المصلحة المرسلة أو الاستصلاح هي: "المصالح الملائمة لمقاصد الشارع الإسلامي، و لا يشهد لها أصل خاص بالاعتبار أو الإلغاء، فإن كان يشهد لها أصل خاص دخلت ف بعموم القياس، و إن كان يشهد لها أصل خاص بالإلغاء فهي باطلة و الأخذ بها مناهضة لمقاصد الشارع. و الإمام مالك هو الذي حمل لواء الأخذ بالمصلحة المرسلة، و قد اشترط للأخذ بها شروطا ثلاثة هي مفهومة من التعريف". محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 279.

[5]يراد بسد الذرائع منع الجائز لئلا يتوسل به إلى الممنوع. أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، ط 1، دار الكتب العالمية،بيروت، 2004، ص 621.

6 الشاطبي، المرجع سابق، ص 450.

[7]عبد الرحمان عبد العزيز القاسم، الإسلام وتقنين الأحكام دعوة مخلصة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، ط2،دار المعارف ، الرياض، السعودية، 1977، ص 210 وما بعدها.

[8]العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1،دار المعرفة، بيروت ، ص83.

فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 80، [9]

[10] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص83.

[11]أخرجه الإمام مالك، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري المديني، ج2، ط 1، حققه وعلّق عليه: بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1991، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم 2895، ، ص467.

[12]الموطأ، ، ج2، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق ، حديث رقم 2896، ص467.

[13]الموطأ، ، ج2، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق ، حديث رقم 2897، ص467-468.

[14]فتحي الدريني، ، المرجع السابق، ص164.

[15]القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس، ج3، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ص263.

[16]الموطأ ، ج 1 ،كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المختلعة، حديث رقم 1612، ص620.

[17]أنظر في تفصيل هذه المسائل: شرح ابن ناجي التنوخي على متن الرسالة، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت ، 2007، ص 346 و ما بعدها.

[18]القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على مسائل الخلاف، المجلد 3، ط1، قراءة وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار بن الأرقم بالرياض، ودار بن عفان بمصر، 2008، مسألة رقم :908، ص 45.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[19] عبد الوهاب بن علي البغدادي، المرجع نفسه، المجلد 3، مسألة رقم:913، ص53.

[20] عبد الوهاب بن علي البغدادي، المرجع السابق، المجلد3، مسألة رقم: 1256، ص 437.

[21] القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ص41 ما بعدها.

[22] شهاب الدين القرافي، الفروق، ج2، طبعة خاصة للشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالسعودية، دار النوادر الكويتية، 2010، الفرق الحادي عشر والمائة، ص 206-207.

[23] أبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، ط1، دار الآفاق العربية، مصر، 2011، ص103.

[24] ابن عاصم الأندلسي، المرجع نفسه، ص 89 .

[25] محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي والقانون المغربي، ط 1، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 1992، ص 143.

[26] الشاطبي، المرجع السابق، ص418.

[27] الشاطبي، المرجع السابق، ص 450.

[28] للتوسع في مبدأ اعتبار المآل انظر مثلا: عبد الرحمان بن معمر السنوسي، اعتبار المآلات ومراعاة نتائج التصرفات- دراسة مقارنة في أصول الفقه ومقاصد الشريعة-، دار بن الجوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1424هـ .

[29] الشاطبي، المرجع السابق، ص837.

[30]الشاطبي، المرجع السابق، ص835-836.

[31] محمود فوزي فيض الله، ، التعسف في استعمال الحق، مقال بمجلة أضواء الشريعة، العدد الخامس، سنة 1394هـ، ص135- 136.

[32] انظر هذه التقسيمات: الشاطبي، المرجع السابق، ص 427- 437.

[33] صبحي المحمصاني، النظرية العامو للموجبات و العقود في الشريعة الإسلامية، ط3،دار العلم للملايين، بيروت، 1988، ص51-53.

[34] راجع في تاريخ نظرية التعسف في استعمال الحق : فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 295 وما بعدها. و محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، أساس ونطاق تطبيقه، القاهرة، دار النهضة العربية، ص92.

[35]محمد السعيد رشدي، المرجع تفسه، ص 97 . و محمد سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط2، مطبعة جامعة عين شمس، 1978، ص 166.

[36]محمد السعيد رشدي، المرجع تفسه، ص 92.

[37] محمد السعيد رشدي، المرجع تفسه، ص 93.

[38] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص844.

[39] بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1،مرجع سابق، ص26.

[40] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 320-321. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص311.

[41] هذا ما أكدته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري. انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج1، مطبعة دار الكتاب العربي، 1950، ص 209.

[42] محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات – المسؤولية التقصيرية- دراسة مقارنة في القوانين العربية، ، ط 1، دار الهدى، ميلة الجزائر، 2011، ص 59. و فتحي الدريني، المرجع السابق، ص242.

[43] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 242.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[44] عبد الرزاق أحمد السنهوري ،المرجع السابق، ج 8، ص 689 .

[45] عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، ص 56.

[46]محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 68.

[47] محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 346 .

[48] الشاطبي، المرجع السابق، ص 428.

[49] ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مراجعة: طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986،، ج2، ص156.

[50] ابن جزي، القوانين الفقهية، ط3، المطبعة الأمنية، 1962، ص 160.

[51] العتبية هو العنوان المختصر الذي يشتهر به كتاب "المسائل المستخرجة من الأسمعة مما ليس في المدونة'، صاحبه أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتبي القرطبي(ت255ه) أحد أعلام المذهب المالكي بالأندلس في وقته.

[52] ابن الرامي البناء، الإعلان بأحكام البنيان ، تحقيق و دراسة: فريد بن سليمان، مركز النشر الجامعي، تونس، 1999، ص 202..

[53] أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، ج 8،نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، 1981، ص 480- 481.

[54] فتحي الدريني، المرجع سابق، ص252.

[55] محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ج2،دار صادر، ص176.

[56] أبي عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني، النوزل الصغرى، ج2، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1992، ص 8- 9. .

[57] محمود فوزي فيض الله، المرجع السابق، التعسف في استعمال الحق، مقال بمجلة أضواء الشريعة، العدد الخامس، سنة 1394ه، 126.

[58] فتحي الدريني، نظرية التعسف، مرجع سابق، ص269.

[59] محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق ، مرجع سابق، ص312.

[60] أخرجه الإمام مالك، سبق تخريجه، هامش رقم: 10.

[61] أخرجه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ضبط وترقيم محمد عبد الباقي، ج11، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، حديث رقم 1605، ص36.

[62] أحمد سعيد المجيلدي، التيسير في أحكام التسعير، تقديم وتحقيق موسى لقبال، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص51.

[63] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، ط1، 1991، ص24.

[64] ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الفكر، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، حديث رقم 2162-2163، ج4، ص373.

[65] الباجي، المنتقى، مرجع اسبق، ج6، ص47

[66] ابن جزي، المرجع السابق، ص346.

[67] المدونة الكبرى للإمام مالك، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، ج6، دار صادر، بيروت، ص197.

[68] أحمد بن يحيى الونشريسي ، المرجع السابق، ج8 ، ص470- 479.

[69] فتحي الدريني ، المرجع السابق، ص 180.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com