الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران- السانيا-

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية **قسم العلوم الإسلامية**

نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي "مبناها ومعناها"

بحث مقدم لنيل درجة ماجستير في العلوم الإسلامية
تخصص:الفقه وأصوله

إعداد الطالب :
بدر الدين عمـاري

إشراف الأستاذ:
أ.د:أحسن زقور
مساعد مشرف:
أ:ليلى جمعي

2006م/1427هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

أصل الأعمال كلّها...

عن أمير المؤمنين – أبي حفص- عمر بن الخطاب قال:سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:
{ إنمّا الأعمَالُ بالنيّات ،وَإنّمَا لكُلّ امْرِئٍ ما نوَىَ، فمنْ كَانت هِجْرتُه
إلىَ
اللهِ ورسُولهِ ؛فَهجْرتُه إلىَ اللهِ ورسُولهِ،وَمنْ كانَتْ هِجرتُهُ إلىَ دُنيا
يُصيبُهَا
أو امْرَأةٍ ينكِحُهَا؛فَهجْرتُه إلىَ ما هَاجَر إليهِ }
رواه إماما المحدثين :أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن المغيرة بن
بردزبه
البخاريّ
وأبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم،القشيري النّيسابوري
في صحيحيهما ،اللّذين هما أصح الكتب المصنفة

إهداء

إلى اللذين أحسنا تربيتي؛وبذلا جهدهما في خدمتي:
والدتي العزيزة: "أسال الله أن يحفظها؛ ويبارك في عمرها"
ووالدي العزيز :"بارك الله في عمره،ورعاه في الدنيا بحفظه،وأكرمه في الآخرة بمنه وفضله".
إلى الذي غرس فيّ رقائق الأخلاق،وبعث بي نحو العلم والآفاق،وربّاني على نور الرشاد والهداية،منذ فجر الصبا والبداية:شيخي:"أحمد بشبش".
إلى إخوتي وأخواتي كل باسمه
إلى الأحبة الأخلّاء ،رفقاء الطريق وأعوان الخير..
أهدي هذا البحث المتواضع راجيا من المولى سبحانه وتعالى أن يتقبّله بقبول حسن.

شكر وتقدير:

أتوجه إلى الحق سبحانه وتعالى بالشكر العظيم"فله الحمد كما ينبغي لجليل وجهه
وعظيم سلطانه"
ثم اعترافا بالفضل لأهله،أقدّم للأستاذين :الشيخ الدكتور "أحسن زقور" والأستاذة "ليلى جمعي" من الشكر أجزله ؛ومن التقدير أجلّه،لإشرافهما على هذه الرسالة، ولما لقيت منهما من التوجيه والمتابعة والنصح والإرشاد
وللأساتذة المشايخ:"الأخضري"،"سليماني"،"مساعدي"،لقبولهم الاطلاع على هذه الرسالة ومناقشتها وإبداء ملاحظاتهم حولها؛لما عُرفوا به من العلم والموضوعية والنقد البناء ،والحرص على إفادة الطلاب..
كما أتقدم بالشكر لشيخي وأستاذي "محمد الأمين توام"،بالجامعة الزيتونية في تونس، لما غمرني به من الفضل والإحسان ،أسأل الله له التوفيق والسداد
كما أتقدم بالشكر لكل من ساهم معي في إعداد هذه الرسالة،وأعانني بإعارة كتاب أو توضيح مشكل،أو إرشاد إلى خطأ أو زيغ عن الصواب،أخص منهم:
"مصطفى"، "عادل"،"زين الدين"،"عبد الرحمان"...
ولا يفوتني في هذا الصدد:أن أتوجه بالشكر إلى القائمين على مكتبة جامعة الأمير عبد القادر،حيث زُرعت فيّ بذرة العلم حتى نمت وترعرت،وإلى القائمين على مكتبة المركز الثقافي الإسلامي بوهران..
أسأل الله تعالى أن يجازي الجميع عني خير الجزاء

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ،وكما يحب ربنا ويرضى والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وبعد:

فإن الشريعة الإسلامية هي الطريقة الإلهية التي تعرف بها الأحكام التي سنها الخالق سبحانه وشرعها لعباده، على لسان نبيه محمد صلى الله عليه وسلم، ولما كانت هذه الشريعة وحيا من الله الذي لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء، فإنها تنزهت عن النقص والجور واتصفت بالكمال والعدل، كيف لا ومنزلها هو الباري عز وجل الكامل في ذاته وأفعاله، فلا كمال فوق كمالها، ولا عدل فوق عدلها،ولا مصلحة فوق ما تضمنته من المصالح.

وشريعة الإسلام محققة بذاتها أصولا وفروعا روح العدالة والإنصاف، والعدل فيها يعني العدل الحق المنبعث من الاعتبار الدياني، وهو مراقبة الإنسان نفسه بنفسه، وإنصاف غيره من نفسه إنصافا متعلقا بإيمان الشخص بربه الذي يعلم حقيقة الأمر ولا يخفى عليه شأن ولا سرّ.

من أجل ذلك كان مجال الشريعة أرحب وأشمل من مجال القانون الوضعي، لأنها شريعة دينية الصبغة تقيم للمبادئ الخلقية والقيم الإنسانية المقام الأول في التشريع، ومن تتبع الشريعة في مصادرها وموارادها علم أنها شريعة تسعى إلى تحقيق العدل المطلق المتمثل في أداء الحقوق وعدم الظلم ،والإحسان في المعاملات والتصرفات ورفع التعسف جملة وتفصيلا .

فشريعة هذا حالها، وهذه فروعها ومقاصدها، كانت تربة خصبة لتشييد نظريات فقهية ذات معايير منضبطة وأصول مطردة **" كنظرية التعسف في استعمال الحق"** التي نمت وترعرعت بين أحضانها ، لتمثل هذه النظرية بحق النزعة الخلقية في التشريع الإسلامي، والتي كان لها الفضل في الإبقاء على فكرة الحق على ضوء من المقاصد العامة والقواعد المحكمة ...

كل هذا يبين لنا شرف سبق الشريعة وتأصيلها لهذه النظرية منذ فجر الرسالة المحمدية، وأنها نسيج وحدها في ميدانها، حتى استوت هذه النظرية على سوقها، أصلها ثابت وفرعها في السماء، ناشرة ألويتها على عالم الحقوق، ضاربة أطنابها على شتى الميادين منتعشة الجذور وارفة الظلال على يد عالم من علماء الشريعة الغراء هو أبو إسحاق إبراهيم ابن موسى الغرناطي الشاطبي المالكي .

هذا الرجل الذي دعا إلى تجذير الفقه وأصوله عمليا، وتعميق البحث الفقهي والأصولي إلى المستوى الذي يكون فيه مستوعبا للحياة، شاملا كل تطوراتها وتغيراتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ،وأن ذلك لا يتم إلا بالتعمق في فهم نصوص الشريعة فهما أصوليا فقهيا مقاصديا، ورائعته الموافقات خير شاهد على ذلك ، بل إن الجزء الثاني منها يدل على أنه إمام المقاصد ورائدها، فهو الذي قعّد قواعدها ورسم ضوابطها، وبسط فلسفتها بسطا كافيا شافيا متميزا بحلقته المهمة في الفكر الأصولي المقاصدي.

فالحق، أن علم الأصول قد نضج في فكر هذا العالم الجليل، واكتملت معالمه وآفاقه، وتبلورت قواعده وأسسه، فراح يكتب فيه بمنهاج يقوم على أساس إبراز هذه القواعد والأسس والنظريات الفقهية إبرازا علميا تنظيريا مؤطرا قاصدا .

والمتأمل لكتاب الموافقات ، يجد مادة خصبة من هذه النظريات، كنظرية الحق ونظرية الباعث ونظرية المآل ونظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها... ليعلم أن هذا العلم قد نضج في فكر هذا الرجل، فإنّه من المعلوم أن أي علم من العلوم حينما
يصل التصنيف فيه إلى مستوى التقعيد الفقهي، فذلك يعني أنه قد نضج واكتمل ، لذلك بات من المؤكد أن استخراج بعض هذه النظريات من كتب الشاطبي، وصياغتها صياغة علمية تتناسب مع طبيعة النظرية وماهيتها العلمية، ثم تصنيفها ودراستها دراسة علمية تجلي قيمتها الأصولية، بات من المؤكد أن ذلك عمل علمي
يستحق أن يفرد له بحث علمي خاص، ذلك أن البحث في هذه النظريات الفقهية يتناول موضوعا هاما برزت فيه حيوية البحث من حيث كونه موضوع التشريعات القانونية المعاصرة، فكان لا بد إذ ذاك من الوقوف على كنوز الفقه الإسلامي وأصوله العتيدة، إذ أنها قد

حوت اجتهادات أئمة المذاهب الإسلامية؛ فضلا عن أصول هذه الاجتهادات من مصادر التشريع الإسلامي وقواعده العامة .

إشكالية البحث:

من خلال ما سبق ذكره،فإن الإشكال المطروح هنا هو هل نظرية التعسف في استعمال الحق بمعاييرها وضوابطها التي اهتدت إليها التشريعات القانونية المعاصرة ، هي نظرية قائمة بذاتها عند الشاطبي؟ وإذا كانت كذلك، فما هي إذن أسس ومبادئ هذه النظرية ؟ ثم ما أثر هذه القواعد والأصول التي تبناها الشاطبي لضبط الحقوق وتجسيد مبدأي العدل والمصلحة اللذين هما غاية الحق ومراد الشارع من تشريع الحقوق؟ ثم بعد هذا كله، هل حقيقة أن الشاطبي في تقعيده وتأصيله لهذه النظرية قد فاق فيها جميع الذين تناولوها من فقهاء القانون ؟.

كل هذه التساؤلات أدت إلى البحث في هذا الموضوع ، فجاء موسوما بـ: **" نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي، مبناها ومعناها".**

أسباب اختيار هذا الموضوع:

وكان وراء اختيار هذا الموضوع – إضافة إلى ما سبق- مجموعة أسباب ودوافع منها:

1- الأهمية التي لهذه النظرية في الحياة المعاصرة ،باعتبارها الدستور الذي يحكم
استعمال الحقوق،ويوفق بينها عند التعارض ، ومحاولة دراستها دراسة أصولية مقاصدية .

2- إبراز فلسفة التشريع الإسلامي؛كتشريع سماوي غايته ومقصده الأسمى رفع الظلم والجور، وتحقيق العدل والمصلحة،ولا ريب أن الاتجاه إلى العدل والمصلحة – تأصيلا وتنزيلا- اتجاه إلى روح الشريعة ومقاصدها العامة.

3- محاولة إبراز طبيعة الفقه الإسلامي، كفقه تقويمي واقعي،يعتمد في قواعده على مصادر سماوية ، ويتجه في غاياته إلى تحقيق مقاصد أساسية.

4- إن بحث هذا الموضوع ، وخاصة عند الشاطبي برهان على أن هذه النظرية وليدة الشريعة الإسلامية، بينة الأصول، تامة الأركان ،وارفة الظلال منذ أربعة عشر قرنا .

5- إبراز مكانة الشاطبي في هذا المجال وإسناد الفضل إلى ذويه وأهله، فوجب إذ ذاك محاولة لم وضم شتات هذا الموضوع من كتب الشاطبي في رسالة علمية تكون خلاصة منهجه وزبدة فكره في هذا الموضوع .

الدراسات السابقة في الموضوع:

في الحقيقة لم يوجد موضوع خص دراسة النظرية عند الشاطبي بالتحديد كدراسة شاملة تأصيلية لهذا الموضوع، وإنما الذي حام حولها إشارات ولمحات من بعض المحدثين كالأستاذ العبيدي في كتابه الشاطبي ومقاصد الشريعة؛حيث ترجم لهذه النظرية تحت اسم نظرية القصد في الأفعال وسوء استعمال الحق، وكذا إشارة الأستاذ المحمصاني في كتابه فلسفة التشريع الإسلامي إلى فضل الشاطبي وسبقه في تناولها.إضافة إلى بحث الأستاذ عبد الحفيظ رواس قلعة جي، الموسوم بنظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، والذي نشرته مجلة البحوث الفقهية المعاصرة في عددها السابع والعشرين ، من السنة السابعة لإصدارها، بتاريخ 1416ه-1995م بالمملكة العربية السعودية ، حيث ذكر تقسيم الشاطبي للتعسف، مكتفيا بذكر المسألة الخامسة التي أوردها الشاطبي في بيان حالات استعمال الحق، دون أدنى تعليق أو نقد , بل ذكر المسألة كما هي.

أمّا دراسة النظرية وتحليلها في الفقه الإسلامي، فالناس في هذا عالة على الأستاذ الدريني من خلال كتابيه القيمين الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده الذي نال به أعلى درجة علمية تمنحها جامعة الأزهر، وكذا كتابه نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وكذا من الموضوعات المطروحة في هذا ،بحث الأستاذ مجيد محمود أبو حجير الموسوم بـ: نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، هذا الموضوع الذي حاول فيه الأستاذ المحامي إجراء مقارنة بين النظريتين في معالمهما الكبرى مع اختصار شديد لذلك.

منهج البحث :

الحق،أن طبيعة المادة المدروسة هي التي تحدد منهج بحثها ، ومن هنا كان المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج الاستدلالي القائم على التحليل والاستنتاج، وذلك بعرض النصوص والآراء مع تحليلها ومقارنتها، ثم استخلاص المبادئ والقواعد التي تبناها الشاطبي وارتضاها لتأصيل هذه النظرية ،وعلى ضوء من هذا التحليل والمقارنة والاستنتاج المدعم بالأدلة تستخلص أسس ومبادئ هذه النظرية ومعالمها الكبرى عند الشاطبي .

وحتى يتم تحقيق هذه المبادئ والمعالم ،وتحرّي بسطها ؛واستقصاء تفاريعها،لا بدّ من
استقرائها من موارد الشريعة فيها-أي كلياتها-،إذ أنه لا يكفي النظر في الجزئيات دون النظر إلى كليات الشريعة،وإلا لتضاربت بين أيدينا الجزئيات،وعارض بعضها بعضا في ظاهر الأمر..فالواجب إذن اعتبار الجزئيات بالكليات ؛شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات .ومن هنا جاءت دراسة النظرية مقيدة"بمبناها ومعناها"

هذا بالنسبة للمنهج العام للبحث، أما فيما يخص المنهج الشكلي فكان كما يلي:

1- عزو الأقوال إلى أصحابها من خلال ذكر اسم المؤلف، ثم عنوان الكتاب ،مع رقم الطبعة إن وجد، ودار النشر. ثم تاريخ الطبع، وأخيرا الجزء ثم الصفحة .هذا عند ذكره لأول مرة، فإن أعيد اكتفيت بذكر صاحب الكتاب مع عنوانه ، ثم الجزء والصفحة.

2- تخريج الآيات القرآنية من خلال ذكر السورة ورقمها معتمدا في ذلك على رواية حفص عن عاصم،مع ذكرها في المتن،حتى لا تثقل هوامش الرسالة بما يزيد عن المطلوب ،فإن ذكرت الآية ثانية اكتفيت بالتخريج الأول مع الإشارة إلى ذلك في فهرس الآيات.

3- تخريج الأحاديث النبوية من خلال كتب الحديث المشهورة بذكر الكتاب والباب ورقم الحديث إن أمكن مع الجزء والصفحة .فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بهما،دون تعليق عليه،وإن كان في غيره من كتب السنة، رجعت إلى كتب تخريج الحديث للنظر في درجته، ومدى صحة الاستدلال به.

4- تفسير ما خفي معناه من المفردات والتراكيب والمصطلحات الواردة في الهامش غالبا، مع كتابة بعض التعليقات بما له حاجة ومناسبة.
5- عند إيراد المصادر والمراجع أقدم بالذكر ما تعرض للفكرة بدرجة أكبر وأغزر .
6- قد يُتوسع في عرض بعض الجزئيات لأهميتها والحاجة إلى بسط المقال فيها .
7- الترجمة للأعلام الوارد ذكرهم من خلال الاعتماد على كتب السير والتراجم.إلا أعلام الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب ممن غلب على الظن عدم شهرتهم.
8- محاولة تنسيق مادة المذكرة وترتيبها وتنظيمها وعرضها بشكل يساعد على سهولة استيعابها ، مع الحرص على سلامة اللغة، وعرضها بأسلوب أصولي ،وعلى ذلك على قدر الاستطاعة والوسع.
9- لفظة" الإمام" عند إطلاقها مجردة عن الإضافة يُراد بها" الشاطبي" ،وأكثر ما
يصرّح بالثاني،وفي بعض الأحايين أذكر كنيته "أبو إسحاق" تنويعا للأسلوب وحسب.
10- قد يقتصر على ذكر عنوان بعض المصادر والمراجع مختصرا عند كثرة تكراره، مثل "الموافقات" اختصاراً لـ:" الموافقات في أصول الشريعة"، وهكذا..
11- ما ذُكِر بين"..." فهو منقول حرفيا، وأمّا ما تصرفت فيه أو نقلته بمعناه فلا أضع العلامتين، وأكتفي بالإحالة عليه في الهامش.
12- ذيّلت الرسالة بفهارس عامة كما هو موضّح في خطة البحث.

خطة البحث:

لاستخراج ما تيسّر من قواعد النظرية وأصولها ،لا بدّ من استقراء المادة العلمية من مراجعها الأصلية ،ومحاولة جمعها وعرضها عرضا مناسبا في كل فقرة من فقرات البحث، بالاعتماد في هذا – بعد عون الله- على مؤلفات الإمام خاصة، وعلى ما كتب حول مقاصد الشريعة وأهداف التشريع عامة، ومن هنا جاءت الدراسة في فصلين اثنين :

أما الأول : فتعرض للأسس والمبادئ التي بنى عليها أبو إسحاق الشاطبي نظريته، مع تحديد نطاقها الذي تدرس فيه، وذلك من خلال ثلاثة مباحث ،الأول في تحديد نطاق التعسف وهل يقتصر على الحقوق بمعناها الخاص؟ أم يتعداها إلى غيرها بما فيها الحريات؟والثاني خصص لدراسة الأصل الأول الذي بنى عليه أبو إسحاق نظريته وهو أصل الباعث في التصرفات، والثالث خصص لدراسة الأصل الثاني وهو أصل النظر في المآلات وقواعده المتفرعة عنه،والتي انبثق عنها مبنى التعسف.

وأما الفصل الثاني ، فتناول معنى النظرية وأثرها في التشريع الإسلامي، وذلك في ثلاثة مباحث: الأول في تكييف التعسف وتأصيله . والثاني في أقسام التعسف من خلال تحديد حالات التعسف وحكم كل حالة منها حسبما قسمها الإمام، والثالث

في بيان الضوابط التي استند إليها الشاطبي لدرء التعسف في استعمال الحق.

مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري في القانون المدني من التعسف وحالاته التي ذكرها ؛ مقارنة موجزة مختصرة مع كلام الشاطبي وتأصيله لمعايير وضوابط النظرية ،باعتباره- أي القانون المدني- المجال القانوني الذي سيحدد في إطاره هذا المصطلح، حيث إن نظرية الحق عادة ما تدرس بوصفها مقدمة للقانون المدني..

وقد قدّمت بين يدي هذين الفصلين فصلا آخر تمهيديا ، تناول الحديث عن الإمام الشاطبي وضبط المصطلحات التي عليها مدار البحث، وقد تم تقسيمه كما يفهم من عنوانه إلى مبحثين ، عُرّف في أولهما بالشاطبي تعريفا اقتُصر فيه على أهم ما يبرز مقومات الشخصية العلمية فيه، وأمّا المبحث الثاني فتناول ضبط محددات الموضوع أو المصطلحات التي عليها مدار البحث .

وكانت نهاية المطاف في مضمار البحث خاتمة تضمنت جملة النتائج التي أمكن استخلاصها،مع بعض التوصيات التي يقتضيها المقام..

مصادر ومراجع البحث:

في الواقع أن عمدة ما في هذا البحث من المادة استقرئ من كتب الشاطبي خاصة الموافقات بدرجة أولى ثم الاعتصام بدرجة أقل، ولكن

هذا لا يمنع من الاستعانة بمصادر ومراجع أخر في شتى الفنون كأحكام القرآن وتفسيره ،وكتب الحديث وعلومه، والمصنفات الأصولية القديمة والمتأخرة،وكتب الفقه الإسلامي، وكتب العلوم الاجتماعية، وكتب التراجم والسير والقواميس والمعاجم وغيرها مما له علاقة بالموضوع.

على أنّ أصل المادة العلمية التي تم جمعها لتأصيل النظرية ؛كانت من كتاب الموافقات للإمام الشاطبي،مع الاستعانة بكتاب الاعتصام خاصة في التمثيل ببعض الفروع الفقهية التي تشهد لها الكليات بالاعتبار.

أمّا فيما يخص حياة الإمام الشخصية ،فإن العمدة كانت على كتابيه "الفتاوى"و"الإفادات والإنشادات"؛ اللذين حققهما الأستاذ أبو الأجفان،باعتبارهما المرجع الذي تحدث فيه الشاطبي عن حياته وما جرى له من مناظرات ومراسلات مع غيره من أهل العلم ممّن عاصروه .

العقبات التي واجهت البحث:

ختاما ، أضع هذا البحث بين يدي الأساتذة الكرام،ولا يخلو أي بحث في طريقه من عقبات سرعان- بعون الله – ما ذُلّلت،ومعضلات ما لبثت -بتوفيق الله- أن فُكّت، حتى تمّ هذا العمل بعناية الله، ومن هذه العقبات:

1- تشتت المادة العلمية وتفرقها بين أجزاء الموافقات ، حتى إن المسألة الواحدة لتجدها متفرقة من جزء لآخر ، وفي كل جزء يختلف مقامها ووجه اعتبارها، مما صعّب علي لمّ شتتاتها وضمّ ما تناثر منها تحت سياق واحد، تجتمع فيه المدارك.

2- صعوبة التوفيق بين المادة العلمية المتوفرة بأسلوبها ولغتها ومقام اعتبارها من جهة، وبين طبيعة الصياغة التي تقتضيها النظريات الفقهية في أسلوبها وترتيب مسائلها من جهة ثانية.

وبعد : ورغم ما بذل في هذا البحث من جهد ، فإنه لا يخلو من أخطاء ، شأن كل أعمال البشر،وما أصدق قول القائل:

وما أبرئ نفسي إنني بشر أسهو وأخطئ ما لم يحمني قدر

وما ترى عذرا أولى بذي زلل من أن يقول مقرّا إنني بشر

فما كان مني من صواب فمن الله، وما كان من خطأ؛ فعزائي في ذلك: قوله تعالى:(رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذۡنَآ إِن نَّسِينَآ أَوۡ أَخۡطَأۡنَاۚ). [البقرة/286].

أسأل الله تعالى أن يأخذ بيدي في المضايق، ويكشف لي وجوه المقاصد والحقائق، ويوفقني لما يحب ويرضى،ويعصمني من الزلل؛ويقيني مصارع السوء والفتن، وأن يلطف بي ويلطف لي في الدنيا والآخرة، إن ربي لطيف لما يشاء إنه هو العليم الحكيم.

الفصل التمهيدي

من المعروف أن الفقهاء قديما لم يقرّروا أحكام المسائل الفقهية على أساس النظريات العامة ؛وبيان المسائل المتفرعة عنها على وفق المنهاج القانوني الحديث ..،فلم يتجهوا قديما إلى الكتابة في النظرية العامة للحق وما يترتب عليها من أحكام ؛وبيان مصادر الحق وأنواعه،ثم تحديد السلطات التي يمنحها الحق لصاحبه.وعلى هذا جرى الإمام الشاطبي عند حديثه على فكرة الحق وما يتعلق بها

وعلى هذا فإن البحث في نظرية التعسف عند الشاطبي يقتضي التمهيد للموضوع ،وذلك من خلال التعريف بالإمام الشاطبي تعريفا يقتصر فيه على إبراز مقومات الشخصية العلمية، وذلك في إطار سمات عصره ودورها في التأثير على شخصيته مع إبراز المعالم الكبرى لحياته..،ثم بعد ذلك ضبط المصطلحات التي عليها مدار البحث من حيث بيان حقائقها اللغوية والاصطلاحية وتحديد النسبة بينها،ثم إبداء الفوارق بينها وبين ما يلتبس بها من مصطلحات .ومن هنا ستكون الدراسة في مبحثين اثنيين:

المبحث الأول: الإمام الشاطبي :حياته وعصره.

المبحث الثاني: ضبط مصطلحات البحث.

المبحث الأول: الإمام الشاطبي: حياته وعصره

يقتضي التعريف برجال الفكر ودراسة سيرهم، التعرف على المحيط العام الذي نشأ فيه الرجل، ثم محاولة إلقاء نظرة عامة وشاملة على حياته الشخصية، لينتقل بعد ذلك إلى إبراز المكانة العامة لهذا العلم في السلم الفكري؛ مع الوقوف وقوفاً وصفياً تقريريا على عناصر شخصيته العلمية ،ومن هنا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب كالآتي:

المطلب الأول:عصر الإمام الشاطبي

إن التعرف على المحيط العام الذي نشأ فيه رجال الفكر ، والوقوف على معالم الأجواء السياسية والاجتماعية والفكرية وغيرها من الجوانب الأخرى يعطي لنا صورةواضحة عن عصره من جهة؛ ومدى تأثره وتأثيره فيه من جهة ثانية، لذا فإنني سأحاول بشيء من الإيجاز الوقوف على معالم عصر الشاطبي مركزاً الدراسة على الجوانب السياسية والاجتماعية والعلمية .

الفرع الأول: الجانب السياسي

عاش الإمام الشاطبي الغرناطي في القرن الثامن الهجري(من منتصف الربع الأول إلى أواخر الربع الأخير منه) وكان حكم غرناطة[1] في هذه الفترة بيد الدولة النصرية[2] ،وكانوا يعرفون أيضاً بملوك بني الأحمر،وكان مؤسس هذه المملكة –أي

غرناطة- الغالب بأمر الله ، أبا عبد الله محمد بن يوسف بن محمد الخزرجي الأنصاري، الذي يرجع نسبه إلى الصحابي الجليل سعد بن عبادة، سيّد الخزرج بالمدينة المنوّرة[3].

وقد عرفت غرناطة كغيرها من ممالك الأندلس كثيراً من الاضطراب والفتن سواء منها الداخلية أو الخارجية .

---

[1] -غرناطة:أقدم مدن كورة البيرة، من أعمال الأندلس وأعظمها وأحصنها وأحسنها، يشقها النهر المعروف بنهر قَلْزَم،ويعرف الآن بنهر حدّارة،ولها نهر آخر يقال له سَنجَل ،بينها وبين قرطبة ثلاثة وثلاثون فرسخا. ينظر: ياقوت الحموي معجم االبلدان. درط. دار إحياء التراث العربي. بيروت لبنان. د:ت.(313/6).

[2]-ينظر: أبو القاسم سعد الله. عصر الإمام الشاطبي. مجلة الموافقات.ع:01. ت: 1412ه/1992م.المعهد العالي لأصول الدين.الخروبة.الجزائر. ص:(98).

[3]-ينظر: ابن الخطيب : اللمحة البدرية،ص:(24).

أما الداخلية: فكانت تتمثل في التنافس الشديد على الحكم، فما يكاد يموت ملك أو يقتل أو يخلع ،حتى يصطرع أبناؤه أو إخوانه على الحكم من بعده، ولقد كان هذا التنافس سببا في نشر ظاهرة الاغتيال وقتل الملوك والأمراء، ويكفي دلالة على اضطراب الوضع وضعف الحكام انتشار هذه الظاهرة ،إلى جانب ظاهرة الخلع التي لا تشيع إلا في ظل ضعف الدولة وانفلات زمام الحكم من يد رجالها[1].

أما الفتن الخارجية: فكان أخطرها وأشدها يتمثل في العدو الإسباني الذي كان يحاول بكل وسائله وقدراته أن يستولي على غرناطة وغيرها من قلاع الأندلس وممالكها الكبيرة الحصينة، وهو يسعى - من وراء ذلك – إلى استرجاع الأندلس كلها لحكمه وسيطرته، ولقد زاد الأمر تفاقما أن ملوك غرناطة في هذه الفترة كانوا يعانون عجزا ماديا من شأنه أن يحول بينهم وبين إعداد العدة للعدو، حتى إنهم كانوا
يتوسلون في ذلك بأغنياء الشعب الغرناطي وأعيانهم، وكان هؤلاء يستفتون الفقهاء في ذلك فيجيز البعض لهم ذلك، ويمنعه البعض الآخر[2].

وقد كانت غرناطة في عهد بني الأحمر مثابة لكثير من المسلمين وعلماء العصر، الذين كانوا ينزحون عن مواطنهم،كلما استولى النصارى الإسبان على شيء منها، واحدا بعد الآخر،حين تمزقت وحدة الأندلس الإسلامية، وتفرّق الحكام والأمراء من عشاق السلطة والحكم شيعا وأحزاباً، كلهم يريدون السلطان بأي ثمن كان،ولو بأن يستعين بعدوّه على أخيه،فيعينه العدو مكرا وخدعة، حتى إذا قضى على أخيه، وانفرد به عدوهما الإسباني، انقض عليه بعد أخيه واستولى على بلده..وهكذا تتكرر المأساة دون عظة واعتبار...

وعلى أنه رغم هذا الذي عرفته غرناطة في وضعها السياسي من ضعف وتدهور، فإن هذه الفترة (القرن الثامن) تعتبر أحسن حالاً من الفترة التي بعدها، حيث لم يكد ينتهي القرن التاسع الهجري حتى سقطت غرناطة بكل حصونها في يد الإسبان، لذلك فإن الفترة التي عاشها الإمام الشاطبي في غرناطة كانت رغم اضطرابها وتضعضع

1-نفس المصدر.ص:(34 -35) .

2-كان الإمام الشاطبي ممن أفتوا بالجواز، وكان شيخه ابن لب ممن أفتوا بالمنع . ينظر: الشاطبي :فتاوى الإمام الشاطبي، ت : محمد أبو الأجفان،درط. مطبعة طيباوي، الحامة، الجزائر. د:ت. ص:(144).

الوضع فيها ،لم تزل محافظة على النفوذ الإسلامي، مقيمة لشائد،الدين مطبقة لأحكامه، إلى حد أن الكثير من مسلمي الأندلس الذين كانت بلادهم تحتل من قبل الإسبان، كانوا يهاجرون إلى غرناطة فرارا بدينهم وعقيدتهم من النصارى، وإلى جانب هذا ،فقد كان ملوك غرناطة وغيرهم من ملوك الأندلس يستعينون أحيانا في التخلص من خطر العدو الإسباني وأطماعه بملوك المغرب وهم يومئذ بنو مرين فكانت الحروب التي تجري بين المسلمين والإسبان سجالاً مرة لهؤلاء ومرة للآخرين[1].

وتكاد المصادر تجمع على أن بني الأحمر، لم يحسنوا التصرف مع جيرانهم وحلفائهم الطبيعين وهم بنو مرين، فقد كان هؤلاء قد عاونوا بني الأحمر ضد النصارى في مناسبات عديدة، فحاربوا معهم ومن أجلهم، وتخلّوا لهم عن الغنائم، ولم يظهروا أي طمع في السلطة، كما فعل المرابطون والموحدّون من قبل..ولكن بني الأحمر كانوا يتعاونون أحيانا مع النصارى[2] .

ومن ملوك بني الأحمر ممن أدركه الإمام الشاطبي وعاش في ظل حكمه الذين حققوا انتصارات للدولة النصرية على الإسبان: الأمير محمد الغني بالله بن يوسف المكنّى بأبي الحجاج (حكم ما بين 755 و 793هـ) فقد استطاع أن ينتزع ثغر (بطرنة) الواقع بين (مالقة) و(رندة) من أيدي النصارى سنة: 767هـ ، وغزا مدينة (جيان)، واستولى المسلمون على ما فيها من الأقوات والنعم، ثم غزوا مدينة (أبدة) وخربوها ، وفي سنة 770هـ غزا المسلمون الجزيرة الخضراء ،وكانت بيد النصارى واقتحموها بعد معركة طاحنة، وفي العام التالي سار المسلمون إلى أسوار (اشبيلية) عاصمة (قشتالة) وعاشوا فيها، وضربوا الحصار حول قرطبة، واقتحموا أسوارها، وكادت تسقط في

[1] - ينظر: عبد الله عنّان. نهاية الأندلس وتاريخ العرب المنتصرين.ط:3.مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،القاهرة.مصر.
ت:1386ه/1966م.ص:(130).- أبو القاسم سعد الله. المقال السابق. ص:(98).
[2] - عبد الله عنان:المرجع السابق .ص:(136).

أيديهم، وهكذا ظهرت المملكة الإسلامية في تلك الفترة بمظهر من القوة لم تعرفه منذ زمن بعيد[1].

الفرع الثاني:الجانب الاجتماعي

لاينكر المطلع على تاريخ الأندلس ما عرفه الشعب الأندلسي من مظاهر الحضارة والرقي الاجتماعي والاقتصادي والعمراني والثقافي، بل كانوا مضرب المثل في ذلك وكانت الأندلس – بسبب ذلك – محج الزوار والوافدين، ومقصد المهاجرين وموئلهم، سواء منهم القادمون من المغرب أو من المشرق .

وغرناطة في عصر الشاطبي – رغم ما أشير إليه من اضطراب وضعها السياسي وضعف عنصر الأمن في زمان بعض ملوكها- ،فإنها قد حافظت على مستوى الأعيان والوجهاء والأثرياء فيها، على مظاهر الترف والبذخ في المأكل والملبس والمسكن، وفي كثير من العادات والتقاليد الاجتماعية والدينية[2] .

فقد كانت مظاهر التحضر بارزة في بعض عوائد الأندلسيين وتصرفاتهم،مثل العنايةبفاخر اللباس وأخذ الزينة وأناقة المظهر،حتى غالى بعضهم في الترف وانحرف عن منهج الاعتدال المشروع ،ويصور لسان الدين بن الخطيب[3] شيئاً من ذلك عند رجالهم ونسائهم وفتيانهم، فيقول:" أما الرجال فتبصدرهم في المساجد أيام الجمع كأنهم الأزهار المفتحة في البطاح الكريمة تحت الأهوية المعتدلة، أما النساء فيتفنن في الزينة ويتنافسن في الذهب والديباج ويتماجن في أشكال الحلي، وأما الأحداث فتعج بهم الدكاكين سماعا للغناء الذي كان فاشيا فشوا فاحشا"[4].

---

1 - ابن الخطيب :اللمحة البدرية.ص:(36).محمد عبد الله عنان، المرجع السابق. ص:(112 – 113).

2 - ينظر بعض مظاهر هذا الترف : لسان الدين ابن الخطيب ،الإحاطة في أخبار غرناطة،شرحه يوسف علي طويل.ط:1. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان. 1424ه/2003م.(135/1) وما بعدها.

3 - ابن الخطيب هو: محمد بن عبد الله السلماني، أبو عبد الله لسان الدين، الإمام الفذ صاحب الفنون البديعة والتواليف العجيبة ، ولد سنة: 713ه. له تواليف عجيبة في الأدب والتاريخ والطب، كالإحاطة في تاريخ غرناطة، وريحانة الكتاب وعائد الصلة..توفي سنة: 776ه. ينظر: ترجمته: التنبكتي: كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج.ت:علي عمر. ط:1. مكتبة الثقافة الدينية، 1425ه/2004م. (83/2-84). الزركلي: الأعلام(235/6).

4- ينظر: ابن الخطيب، اللمحة البدرية. ص:(28-29).

وكانت هجرة من هاجر إلى غرناطة من المسلمين بسبب الاحتلال الإسباني عاملا مهما لازدهار الفلاحة والصناعة، إلى الحد الذي أهلّها لأن تربط علاقات اقتصادية وتجارية مع دول أخرى[1].

وإلى جانب النشاط الفلاحي والصناعي، عرفت غرناطة نشاطا تجاريا بحريا لا يقل أهمية عن سابقيه، بل كان من أهم موارد الاقتصاد عند الغرناطيين وغيرهم من مسلمي الأندلس بحكم جوارهم للبحر.

على أن الإعداد العسكري الذي كانت تفرضه مداهمة العدو الإسباني ،كان يستنزف الشيء الكثير من ثروة الأمة، فينجم عن ذلك ضيق في المستوى المعيشي خصوصا بالنسبة لعامة الشعب. أما خواصهم فما كان يمس ثرواتهم، هو دعوتهم من قبل الملوك إلى البذل في سبيل إعداد العتاد الحربي لمواجهة العدو،خصوصا ما يتعلق
بترميم أسوار الحصون، وبناء ما تلاشى منها، والأولى أن تكون النفقة من بيت المال
لكن ملوكها كانوا يعانون عجزا ماديا كما تقدم[2].

وهكذا اشتدت الحاجة إلى المزيد من الإعداد الحربي والعسكري للدولة أثّر ذلك في اقتصادها وضيق من حاله ، وقد انعكس ذلك على الجانب الخلقي ، فشاعت الفوضى واختل الأمن وفشا الانحراف والفساد ،حتى بلغ الأمر ببعضهم إلى حد تدليس العملة ومزج ذهبها بالنحاس[3] .

وبلغ الحصار الاقتصادي أشده أيضا، حينما تفرضه عوامله بالشعب الغرناطي إلى حد أنهم اضطروا إلى التبادل التجاري مع عدوهم الإسباني، وكانوا يستفتون في ذلك الفقهاء ، وعلى رأسهم الإمام الشاطبي[4].

وكذا مما يثير الانتباه، شيوع ظاهرة الابتداع في كثير من مظاهر الدين، ولعل ذلك راجع إلى ألوان الترف والبذخ التي عرفها الشعب الغرناطي، وإمعانه في التفنن في أساليب العيش .. مما يؤدي إلى غياب

---

1 - ينظر :محمد عبد الله عنان، نهاية الأندلس. ص:(134).

2 - ينظر: أحمد بابا التنبكتي: - نيل الابتهاج في تطريز الديباج. ت: علي عمر. ط:1. مكتبة الثقافة الإسلامية. القاهرة مصر. 1423ه/2004م. (38/1). – كفاية المحتاج: (94/1).

3 - ينظر: أبو الأجفان: فتاوى الشاطبي.ص:(28).

4 - ينظر: الونشريسي:أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب،درط. دار الغرب الإسلامي. بيروت.لبنان. (213/5).

الدوافع الديني والروحي، إلى جانب طغيان المادة مصداقا لقوله تعالى:(وَإِذَآ أَرَدْنَآ أَن نُّهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُواْ فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا ٱلْقَوْلُ فَدَمَّرْنَٰهَا تَدْمِيرًا). [الإسراء/16]. وقد تحقق ذلك فلم يمض قرن بعد عصر الشاطبي حتى أصابهم الدمار والهلاك على يد الإسبان. وقد سادت ظاهرة الابتداع غالبية المجتمعات الإسلامية الأخرى، بسبب تأثير التيارات البعيدة عن الإسلام ، فلا غرابة أن نجد العلماء يقفون ضد هذه البدع[1]، فأسسوا بذلك حركة إصلاحية تغييريه، أساسها تربية المسلمين على مبادئ الدين وإعادتهم إلى جادة الطريق، وإنكار البدع والانحرافات وذلك بالوعظ والتوجيه والتأليف ، وتخصيص أوقات للتدريس عند كثير من المشايخ مثل الشاطبي ، الذي كان من أكبر المجاهدين عن السنة ودفع البدع وذم الهوى ورفع الالتباس ، ويشهد له كتابه الاعتصام، ولم يكن نبذ البدع مقصورا على العلماء فحسب ، بل تعداه إلى الآمراء والسلاطين[2] .

ومما يسجله التاريخ للحضارة الأندلسية في هذه الفترة ، أن إغراقها في البذخ والترف واهتمامها بتجميل مظاهر الحياة ، لم يكن سلبيا صرفا ، بل شمل كثيرا من الجوانب الإيجابية، من ذلك ما عرفه المجتمع الغرناطي من مشاريع عمرانية على مستوى المساجد والمدارس والمستشفيات وبعض المرافق الأخرى، كالمارستان الأعظم "مستشفى"والبرج الأعظم بقرص الحمراء.

الفرع الثالث: الجانب الفكري والعلمي:

إن مما يثير العجب والانتباه، أنه في ذلك العهد الذي بلغ فيه التمزق والانحلال السياسي بين المسلمين في المشرق وفي الأندلس أشدّه،حتى قضى على الأمل، نبغ في الجهتين أعلام من علماء الإسلام، برزت من نسيج أيديهم وعبقرياتهم آثار من التراث، كانت مداد القرون اللاحقة، وستبقى خالدة على الدهر..

فبعد أن ظهر ضعف الموحدين بالمغرب والأندلس، بدأت الهجرة إلى غرناطة حفاظا على دينهم وعقيدتهم ،فأصبحت غرناطة قبلة

---

[1] - التنبكتي: كفاية المحتاج.(91/1).

2 - ابن الخطيب: اللمحة البدرية . ص:(84).

الوافدين ومستوطن العلماء والأدباء، فنجم عن ذلك نهضة علمية وأدبية بلغت الذروة في النصف الأخير من القرن الثامن الهجري.

وقد كان للأمراء في ذلك دورا بارزا، فالسلطان أبو الحجاج يوسف بن إسماعيل كان أشد حماسة في تعضيد الآداب والفنون[1]. وكذا أمير المسلمين محمد بن محمد بن

يوسف بن نصر، كان يقرض الشعر ويثيب عليه، فيجيز الشعراء ويعرف مقادير العلماء[2].

وما تولية سلاطين غرناطة لمنصب الوزراء والقضاة ، نخبة من الفقهاء والأدباء إلا دليلا واضحا على المكانة المتميزة التي يتميز بها رجالات الفكر آنذاك .

أما الحركة الفكرية والعلمية في غرناطة ، فكانت تتجلى في الأدب والتفسير والحديث والفقه والأصول ، ففي الأدب هناك الشاعر لسان الدين ابن الخطيب(713- 776ه) وشيخه أبو الحسن علي بن محمد بن علي الأنصاري(749ه). والشيخ الرئيس أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الله النميري(768هـ). والشاعر أحمد بن علي الأنصاري المريني (770هـ).

أما التفسير : فنجد أبا سعيد بن لب التغلبي. وأبا القاسم عبد الله بن جزي الكلبي الغرناطي، ألف كتاب التسهيل لعلوم التنزيل، ولأبي القاسم محمد بن أحمد الشريف السبتي (760هـ) تقييد جليل على التسهيل[3] .

وفي الفقه والأصول: كان أبو جعفر أحمد بن آدم الشقوري، يدرس المدونة الكبرى بغرناطة، وكان محمد بن محمد المقري الجد، وأبو علي منصور بن علي الزواوي يدرس مختصر السّول والأمل في علمي الأصول والجدل". والفقيه شمس الدين محمد بن مرزوق الخطيب التلمساني يدرس موطأ مالك بن أنس برواية يحيى بن يحيى.

---

1 - عبد الله عنان :نهاية الأندلس. ص:(134)وما بعدها.

2 - ابن الخطيب: اللمحة البدرية، ص:(61).

3 - ينظر: مخلوف: محمد بن محمد،شجرة النور الزكية في طبقات المالكية،ط:1.دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 1424ه/2003م.(392/1).- التنبكتي: كفاية المحتاج: (92/1). نيل الابتهاج: (34/1).

وفي الحديث نجد شمس الدين ابن مرزوق الخطيب التلمساني يدرس: الجامع الصحيح للبخاري، كما ألف كتابا سماه شرح العمدة في الحديث ، إضافة إلى محدث
غرناطة : أبو عبد الله محمد بن سعد الأنصاري الشهير بالحفار، وأبي القاسم ابن البناء
الذي سلسل عليه الإمام الشاطبي بعض الأحاديث[1].

وبلغت الحركة العلمية مرحلة النضج بل الذروة ،في النصف الأخير من القرن الثامن الهجري، وكان المذهب المالكي هو صاحب السلطان، فهو المرجع في الفتيا والقضاء . وازدهرت الفتيا في ربوع الأندلس بسبب كثرة الأسئلة ، وخير دليل على ذلك كتب الأحكام والنوازل المؤلفة في هذه الحقبة، واشتهر بعض الأئمة بالفتوى كشيخ الشاطبي أبي سعيد فرج بن قاسم التغلبي، وعرفت هذه الفترة نشاطا في التأليف وتدوين الفتاوى والأجوبة في مختلف النوازل .

كما شاعت ظاهرة المراسلة بين الفقهاء بالأندلس، سواء بين فقهاء غرناطة، أو بينهم وبين فقهاء الأندلس وفقهاء المغرب والمشرق، فهذا التنبكتي يقول عن الشاطبي "وتكلم مع كثير من الأئمة في مشكلات المسائل مع شيوخه وغيرهم، كالقباب، وقاضي الجماعة القشتالي ،والإمام ابن عرفة، والولي الكبير أبي عبد الله ابن عباد، وجرى له معهم أبحاث ومراجعة أجلت عن ظهوره فيها وقوة عارضته وإمامته"[2].

وقد كان للشاطبي في ذلك منازلات ومراسلات مع شيوخ عصره،كابن عرفة والقباب إلى آخرين من علماء وإفريقية سماهم صاحب المعيار[3] ،وقد حصل له لقاء ذلك ثارات وخصوم وخصومات، وبخاصة مع شيخه ابن لبّ.

كماكان للفقهاء دورا بارزا في نشر العلم وتدوينه، ساعدهم على ذلك وجود مؤسستين علميتين تبثان الإشعاع العلمي ،هما: الجامع الأعظم والمدرسة النصرية، وقد تولى التدريس بالأولى أبو بكر أحمد بن جزي وأبو سعيد فرج بن لب وغيرهما، أما الثانية، فنجد أبا جعفر أحمد بن

---

[1] - ينظر: الشاطبي: الإفادات والإنشادات، ت:أبو الأجفان ،ط:2. مؤسسة الرسالة. بيروت لبنان. ت: 1402ه/1986م. ص:(92).

[2] - التنبكتي: نيل الابتهاج،(53/1). وينظر أيضا: الونشريسي: المعيار المعرب. (364/6).

[3] - الونشريسي: المعيار المعرب. (387/6).

خاتمة (ت770هـ) وأبا إسحاق بن فتوح(867ه)، ولعل الحديث عن العلوم التي تلقاها الشاطبي وأهم شيوخه وتلامذته كما سيأتي كفيل بإبراز هذه المسألة، وهكذا أسهم العلماء عامة والفقهاء خاصة في بناء الحركة العلمية وازدهارها في غرناطة.

ولا شك أن نشاط الشاطبي في ميدان الفقه كان مساهمة هامة في هذا المجال،إذ هذا

هو عصر كبار الفقهاء..بالإضافة إلى أنه عصر تجدّر فيه التصوّف، ومن ثمة ثورة

الشاطبي على البدع وعلى الخروج على السلفية في نظره[1].

وقد وجد الفقهاء أنفسهم في وضع حرج دقيق؛من حيث إن المجتمع الإسلامي بما شاع فيه من الضعف والانحلال ،قد أخذ ينزلق خارج نطاق الحدود والأخلاق الشرعية،ومن حيث إن الفقيه الذي يضطلع بواجبه في تقويم الحياة الفردية والاجتماعية على مبادئ الدين وتعاليمه،يكون بين أمرين:فإمّا أن يحاول حمل الناس على الطريقة الملتزمة،فيكون في حملهم على ذلك من أعنات المكلفين..،وإمّا أن يجر الفقيه الناس وراءه إلى المجال الأوسع الذي يصبو إليه؛حيث الاختلاف وإعمال المناسبات والضرورات..،فيكون قد جرأهم على ما كانوا مشفقين منه مستعظمين لأمره، وبذلك ينفتح للأهواء باب يلج منه كل إنسان إلى اختيار ما يوافق ميله وينسجم مع حالته،وإذاً أصبح الدين أمرا نسبيا يختلف عند كل شخص أو جماعة عما هو عليه عند شخص آخر أو جماعة آخرين،حتى تختل الشريعة وتنحلّ عراها،لا سيما وقد ألِف الناس أمورا شائعة بينهم،لم يزالوا يألفونها والعلماء ينكرونها[2].

فإذا فتح باب الاختيار والخروج عن الأحكام الفقهية المألوفة،والحكم على بعض الأشياء بالحسن والمشروعية؛مع أن السلف لم يقرّوا مشروعيتها،فإنهم لا يلبثون أن يجروا البدع ذلك المجرى،ويتأولون أوجها تؤول بها إلى الحسن والمشروعية...

---

[1] - أبو القاسم سعد الله، عصر الإمام الشاطبي. ص:(100).

[2] - محمد الفاضل ابن عاشور:أعلام الفكر الإسلامي في تاريخ الغرب الإسلامي.ص:(70).نقلا عن :مشهور حسن سلمان.مقدمة الموافقات.ط: 1.دار ابن عفان القاهرة،مصر.ت:1424ه/2003م.(08/1).

تلك هي دقة الموقف الحرج الذي وقفه الفقهاء في القرن الثامن،وذلك هو سرّ النهضة الفكرية التي تمثلت في أول متحرك للخروج بالفقه وأهله من ذلك الموقف الحرج الدقيق،وهوأستاذ غرناطة في جامعها الأعظم:" الإمام أبو إسحاق الشاطبي" .

المطلب الثاني: حياته الشخصية

بعد أن اتضحت الصورة العامة لعصر الشاطبي ولو بإيجاز، ينتقل إلى إلقاء نظرة حول حياته الخاصة من ميلاده إلى وفاته ، وذلك من خلال ذكر مولده ونشأته، ثم طلبه للعلم وشيوخه ، وأخيرا محنته ووفاته، على النحو الآتي:

الفرع الأول:المولد والنشأة

هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي، الإمام العلامة الشهير، نسيج وحده، وفريد عصره وصدفه، بهذا الوصف مترجموه اللاحقون[1].

ولم يذكر أحد ممن ترجموا له زمن ولادته ولا مكانها، قال أحمد بابا التنبكتي رحمه الله " لم أقف على مولده "[2]، لذلك لم يتعرض تلميذه عبد الله المجاري إلى ذكر نسبه حين ترجم له،غير أن الأستاذ محمد أبو الأجفان قدر سنة ولادته قبل 720هـ استنتاجا من تاريخ أسبق شيوخه وفاة، وهو الشيخ أبو جعفر ابن الزيات المتوفى سنة728هـ[3].وهي السنة التي يكون فيها الشاطبي يافعا .

نشأ بغرناطة آخر الممالك الإسلامية التي قصدها العلماء ،وبلغت الحركة الفكرية رشدها وذروتها، من أجل ذلك فضل الشاطبي البقاء

---

[1] -ينظر ترجمة الشاطبي: - التنبكتي: نيل الابتهاج،(33/1). كفاية المحتاج: (91/1). – مخلوف: شجرة النور الزكية، (332/1).- الحجوي الثعالبي: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي،ط:1. دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان. ت:1416ه/1995م.(291/4). – الزركلي: خير الدين، الأعلام، ط:8. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان.ت:1989م.(75/1).

[2] -التنبكتي: نيل الابنهاج، (33/1).

[3] - أبو الأجفان: مقدمة فتاوى الشاطبي ،ص:(32).

في هذا الجو العلمي الناضج ولم يقم بالرحلات خارج الأندلس وبقي في غرناطة إلى أن مات.

وقد نشأ عفيفا ورعا، متصفا بصفات طيبة وأخلاق سامية نبيلة، وكان إماما يهتدى به ويقتدى به في الصلاح والعفة والتحري والورع والزهد، قال عنه التنبكتي :" كان ثابتا ورعا صالحا زاهدا سنيا، وإماما مطلقا على قدم راسخ من الصلاح والعفة والتحري والورع"[1] .

ومما يدل على ذلك، نصحه لبعض أصحابه حيث قال :" فهذا الحرص الشديد الذي ظهر منكم، أخاف فيه عليكم تبعه، لأنه قد ظهر فيه قصد الانتصار للنفس، وهذا القصد لا يكون خالص العمل، فإن كان وجه الصواب لائحا ،فاعمل به فيما استطعت، فمن جاءك مسترشدا فعلمه مما علمك الله، ومن جاءك مستشكلا لأمر وعرفت منه مخايلة الصدق فأرشده بما عندك من الصواب، ومن جاءك متغيثا فأعره الأذن الصماء ،واسأل ربك اللطف الجميل، ومن أتاك بخبر بما فيك، فاعلم أنه في الغالب نمام ينم عليك كما ينم لك فلا تثق به، ولا تتلقف كلام الناس فإنه مما يوقع العداوة والبغضاء بين المؤمنين، ومن خطأ صوابك فكله إلى الله، وأما المسيء فيك تكفيك منه انتصارك لنفسك، وكل من عاملك بشر فعامله بخير، ومن قطعك فصله"[2].

ومما يدل على ورعه، أنه سئل عن إرث المرتد، فأخبر أنه إن صح له إرثه من أبيه المتوفى بعد ارتداده فإنه يرجع إلى الإسلام، فأجاب بالمنع وأنه لا يجوز إلا إذا رضي الورثة أن يعطوه من حظوظهم بقدر حظه من التركة لو كان مستحقا هبة منهم له إن كانوا رشداء، ثم قال في آخر جوابه :" هذا رأيي الذي أدين الله به وأسأله الاستقامة فيه، وأما أن يحتال على إخراج مال من يد وراثه بمثل ما أشرتم إليه، فلا أتقلده إن شاء الله تعالى"[3] .وقال في جواب عن سؤال وجه إليه :" هذا ما ظهر لي في المسألة من جهة طريق

---

[1] - التنبكتي: نيل الابتهاج. (33/1).

2- ينظر: فتاوى الشاطبي ص :183- المعيار المعرب: (140/11).

3- ينظر: فتاوى الشاطبي ص :177، المعيار المعرب:(229/9).

الفقه، وأما طريق الورع فترك الجميع "[1] وكلامه في مثل هذا كثير .

ومن صفاته التي وصفه بها بعض تلامذته ،أنه أميل اللون للصفرة خفيف العارضين، ومن ملابسه رحمه الله جبة مختصرة وقبلا (نوع من الملابس في المغرب)، ومثلها عرى (قميص طويل واسع) ،حوي اللون(لون أسود مائل إلى الخضرة أو أحمر مائل إلى السواد) .

أفادنا بتلك الصفات محمد أبو يحيى محمد بن عاصم في حادثة تحدث عنها بقوله:" ولقد رأيت في عالم النوم الشيخ أبا إسحاق الشاطبي رحمه الله ،ولم أدركه بسني ولكني علمت في النوم أنه هو وأخبرت بذلك ،وهو رجل أميل اللون للصفرة خفيف العارضين ،عليه جبة مختصرة، وقبلا ومثلها عرى، حوي اللون، كأنه ملف بلدي صبغ تلك الصبغة فكنت أسأله أن يوصيني فقال لي :" اتق الله واخشه " فأخبرت بصفته وملبسه وما صدر لي من الوصاة ، الشيخ الأستاذ أبا عبد الله المجاري لكونه ممن لقيه، وأخبرني بأنها صفته ،وأن اللباس لباسه، وعجب من ذلك لكونه قصده فيما أعلمني به إلى داره أيام حياته طالبا منه الوصاة فقال له:" قد وصاك الله قبلي" ثم تلا قوله تعالى: (وَلَقَدْ وَصَّيْنَا ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ وَإِيَّاكُمْ أَنِ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ) [النساء/131].

ورجع بي في ذلك أن الرؤيا صحيحة لموافقتها لما صدرت له منه الوصاة به، ولكون صفته صحيحة "[2].

الفرع الثاني :طلبه للعلم وشيوخه

أقبل الإمام الشاطبي على طلب العلم منذ نعومة أظفاره ،فقد كان شغوفا بالعلم منذ صغره، بدأ بعلوم الوسائل وعلوم المقاصد ،ولم يكتف بعلم دون علم، ولا فن دون فن، وإنما كان همه التفنن في أصناف العلوم ليتمكن من إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها، وعن هذا يحدثنا الشاطبي نفسه فيقول:" لم أزل منذ فتق للفهم عقلي، ووجه شطر العلم طلبي، أنظر في عقلياته وشرعياته، وأصوله وفروعه، لم أقتصر على علم دون علم، ولا أفردت عن أنواعه نوعا دون آخر ،حسبما اقتضاه الزمان والإمكان، وأعطته المنة المخلوقة في أصل فطرتي ،بل خضت

1- ينظر: فتاوى الشاطبي ص: (137)- المعيار المعرب:(126/11).

2-جنة الرضا في التسليم لما قدر الله وقضى لأبي يحيى ابن عاصم الغرناطي تحقيق د صلاح جرار(141/1-142) ،نقلا عن : أبو الأجفان: مقدمة فتاوى الشاطبي: ص:(52).

في لججه خوض المحسن للسباحة ،وأقدمت في ميادينه إقدام الجريء، حتى كدت أتلف في بعض أعماقه، أو أنقطع في رفقتي التي بالأنس بها تجاسرت على ما قدر لي غائبا عن مقال القائل وعذل العاذل، ومعرضا عن صد الصاد ولوم اللائم، إلى أن من علي الرب الكريم الرؤوف الرحيم، فشرح لي من معاني الشريعة ما لم يكن في حسباني، وألقى في نفسي القاصرة أن كتاب الله وسنة نبيه لم يتركا في سبيل الهداية لقائل ما يقول، ولا أبقيا لغيرهما مجالا يعتد فيه، وإن الدين قد كمل، والسعادة الكبرى في ما وضع، والطلبة في ما شرع، وما سوى ذلك فضلال وبهتان وإفك وخسران، ذلك من فضل الله علينا وعلى الناس ، والحمد لله والشكر كثيرا كما هو أهله، فمن هنالك قويت نفسي على المشي في طريقه بمقدار ما يسر الله فيه، فابتدأت بأصول الدين عملا واعتقادا ،ثم بفروعه المبنية على تلك الأصول"[1].

ولقد عكف الإمام الشاطبي على العلم والتحصيل منذ الصبا، وتعاطى علوم الوسائل وعلوم المقاصد ،حتى سبر أغوار مقاصد الشريعة وأدرك أسرارها، وأهم العلوم التي تلقاها:

*العربية وأدواتها: تفقه الإمام في العربية على يد أبي عبد الله محمد بن الفخار البيري، والإمام الشريف رئيس العلوم اللسانية أبي القاسم السبتي ،والحاج العلامة الرحلة أبي جعفر الشاقوري ،بغرناطة ونقل فوائد نحوية[2].

*أصول الفقه: كان أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري(الجد)،يلقي دروسه بالجامع الأعظم بمحضر علماء وطلبة غرناطة، وكان الإمام الشاطبي يحضر هذه الدروس[3]، ومن مؤلفات المقري حاشيته على مختصر ابن الحاجب، ولأبي عبد الله محمد بن أحمد الشريف التلمساني العلويني الحسني ،شيخ الشاطبي تأليف في الأصول على مذهب مالك المشهور هو " مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول"[4].

---

[1] - الشاطبي: الاعتصام،درط. دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، لبنان.ت: 1424ه/2003م. ص:(12).

[2] - ينظر: الشاطبي: الإفادات والإنشادات،ص:93. التنبكتي: نيل الابتهاج، (95/1).

[3] - الشاطبي: الإفادات والإنشادات، ص:(126).

[4] - مخلوف: شجرة النور الزكية ، (332/1).

وقرأ على أبي منصور بن علي بن عبد الله الزواوي " مختصر السول والأمل في علمي الأصول والجدل"، للإمام أبي عمرو بن الحاجب ،من أول مبادئ اللغة إلى آخره بلفظه ،إلا يسيرا منه سمعه بقراءة غيره ،وكل ذلك قراءة تفقه ونظر وأجازه إجازة عامة بشرطها.

*الفقه: درس الإمام الشاطبي عن المقري (الجد) بعضا من كتاب "القواعد الفقهية"[1]، وقد سمع جميع الموطأ لمالك بن أنس برواية يحي بن يحي، وذلك بالمدرسة النصرية بالحضرة العلية، بقراءة الخطيب شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن مرزوق الخطيب التلمساني، كما تباحث مع أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن القباب في مسألة مراعاة الخلاف[2] .

*الحديث: كما سمع الجامع الصحيح للإمام أبي عبد الله البخاري بقراءة الخطيب أبي عبد الله الحفار، إلا ثلاثة مواضع، فإنها فاتته، وسلسل عن أبي القاسم بن البنا بعض الأحاديث[3] وغيرها من العلوم كثير...

شيوخه:

تذكر بعض المصادر أن شيوخ الشاطبي لم يكونوا جميعا من الأندلس، بل وفدت طائفة منهم على غرناطة من فاس وبجاية (المغرب) ، وإذا تأملنا القائمة التي تذكرها تلك المصادر لهؤلاء الشيوخ، نجد أن ثلثهم فعلا وافدون على غرناطة[4] ، وكان من أهم شيوخه الأندلسيين:

أولا:أبو عبد الله الفخار البيري: الذي قرأ عليه الإمام الشاطبي القراءات السبع في سبع ختمات، لكونه حسن القراءة، وتفقه عليه في العربية[5]، وقد لازمه إلى أن توفي سنة 754هـ ،وقد عد تلميذ الشاطبي الكتب التي كان يدرسها أستاذه على شيخه منها: الكتاب لسيبويه، ألفية بن مالك، وكان الشاطبي إذا ذكر شيخه بعد وفاته يقول:" أواه على فقد السادة أمثاله" ،ويحدثنا الشاطبي نفسه أن ابن الفخار كانت له وجوه في القراءات يتأولها، ويصف ذلك فيقول:" كان شيخنا الأستاذ الكبير أبو

---

[1] - ينظر: الشاطبي: الإفادات والإنشادات،ص:(81).

[2] - ينظر: التنبكتي: نيل الابتهاج، (35/1). كفاية المحتاج: (95/1).

[3] - التنبكتي: نيل الابتهاج، (34/1).

[4] - ينظر: التنبكتي: كفاية المحتاج، (92/1). نيل الابتهاج: (34/1). مخلوف : شجرة النور الزكية، (332/1).

[5] - التنبكتي: نيل الابتهاج، (34/1).

عبد الله الفخار رحمه الله يأمرنا بالوقف على قوله تعالى في سورة البقرة :" قالوا الآن" ويبتدأ:" جئت بالحق" وكان يفسر لنا معنى أن قولهم "الآن" أي فهمنا وحصل لنا البيان ثم قال:" جئت بالحق" يعني في كل مرة وعلى كل حال"[1].

ثانيا:أبو جعفر أحمد بن أدم الشقوري : قال عنه صاحب النيل : والإمام الجليل الرحلة الخطيب أبو جعفر الشقوري[2]، والذي كان شيخه في علم الفرائض وشيخه في الفقه على المدونة .

ثالثا:أبو سعيد فرج ابن قاسم ابن لبّ الغرناطي : ولد ابن لبّ سنة 710هـ وتوفي سنة 782 هـ قبل وفاة الشاطبي بثمان سنوات ،ويعد من أشهر علماء غرناطة في القرن الثامن، فلم يبق أحد من المشتغلين بالعلم في الأندلس لم يقصده ولم يأخذعنه، فقد كان أحد الثلاثة الذين ذاع صيتهم بالأندلس والمغرب ،وكان فقيها شاعرا عالما باللغة، تولى منصب الإفتاء بغرناطة و الخطبة بجامعها الكبير، والتدريس بمدرستها المشهورة المسماة بالمدرسة النصرية، التي أسسها أحد ملوك بني الأحمر، السلطان أبو الحجاج يوسف سنة 750هـ[3] .

وكان ابن لبّ شيخا للشاطبي في فروع الفقه، وكان اشتغاله بعلوم اللغة لا يقل عن اشتغاله بالفقه على عادة الأندلسيين، ويقال إنه ألف في علوم اللغة كتبا قيمة منها، كتاب شرح الجمل للزجاج، وشرح ما يتعلق بعلم الصرف من كتاب التسهيل لابن مالك،ولم يكن الشاطبي مطمئنا لابن لب في علوم اللغة ،وكان في الكثير من الأحيان لا يستريح لتخريجاته النحوية[4].

أما شيوخه المغاربة والوافدين إلى الأندلس فمنهم:

أولا:أبو عبد الله محمد بن أبي الحجاج يوسف بن عبد الله بن محمد اليحصبي المعروف باللوشي، والذي كان شيخه في الأدب وغير ذلك،وكان رحمه الله من أهل

---

[1] - الشاطبي: الإفادات والإنشادات، ص:(150).

[2] - التنبكتي: نيل الابتهاج، (34/1).

[3] - ينظر: - المقّري:أحمد بن محمد، نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب،ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط:1. دار الفكر بيروت لبنان، ت: 1419ه/ 1998م.(51/7). – ابن فرحون المالكي: الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، ت: مأمون بن محي الدين الجنّان، ط:1. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان. ت:1417ه/1997م.ص:(316).

[4] - ينظر: المقّري: نفح الطيب، (7/53-54). مخلوف : شجرة النور الزكية، (331/1).

الحسب والأصالة، شاعرا مدّاحا، نشأ مدللا في حجر الدولة النصرية ،وفاته سنة:752ه[1].

ثانيا:أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد القرشي التلمساني المشهور بالمقّري(الجد)، وفاته سنة:756ه[2]، وقد وفد على غرناطة سفيرا لدى أميرها من قبل ملك المغرب المريني[3]، فأخذ يلقي دروسه في الفقه والحديث، ويعد المقّري من أعلام المذهب المالكي في المغرب، وهو صاحب كتاب"القواعد" الذي اشتمل على مائتين وألف قاعدة من قواعد الفقه المالكي، وتجاوزت العلاقة بينه وبين الشاطبي علاقة الصديق بصديقه، ويلوّح أن الشاطبي كان يضمر للمقري تقديرا كبيرا نجده فيما كان يخلع عليه من ألقاب الإكبار والتبجيل، تعبيرا عن ذلك التقدير فكان كثيرا ما يقول :" حدثني الشيخ الفقيه القاضي الجليل الشهير أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر المقري"[4].

ثالثا:أبو عبد الله محمد بن مرزوق : وهو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن مرزوق الخطيب التلمساني، كان من العلماء الوافدين إلى غرناطة ،وكان فقيها على طريقة المحدثين، حيث يتناول الفقه من خلال شرحه للحديث، وقد اتخذ موطأ مالك برواية يحي ابن يحي الليثي، محورا لدروسه التي دأب على إلقائها بالجامع الأعظم بغرناطة[5]،وعرف الشاطبي عن هذا الشيخ طريقة السلف الأول من الفقهاء الذين كانوا يستمدون علمهم من النصوص مباشرة غير معولين على أقوال من سبقهم.

رابعا:أبو علي الزواوي: هو أبو علي منصور بن عبد الله بن علي الزواوي . حل بغرناطة سنة 753هـ، قادما من تلمسان وذلك رغبة في أخذ علوم اللغة عن ابن
الفخار ، غير أنه انتصب لتدريس علم أصول الفقه، معتمدا على مختصر ابن الحاجب[6]، قال الشاطبي: إن أبا علي هو الذي أطلعهم

---

[1] - ابن الخطيب: الإحاطة في أخبار غرناطة، (174/2).
[2] - مخلوف : شجرة النور الزكية، (334/1).
3- ابن الخطيب :الإحاطة في أخبار غرناطة، (191/2).
[4] - الشاطبي: الإفادات والإنشادات، ص:(81).
[5] - ينظر: ابن فرحون: الديباج المذهب، ص:(396). مخلوف: شجرة النور الزكيّة. (340/1).
[6] - ينظر: التنبكتي: كفاية المحتاج:(256/2)، نيل الابتهاج: (308/1). – مخلوف: شجرةالنور الزكيّة، (336/1).

على مصادر الرازي في تفسيره[1]، وكان الزواوي متمسكا بالسنة تمسكا شديدا.

هذا وقد أشار صاحب النيل[2]، إلى استفادة الشاطبي من بعض العلماء الذين اجتمع معهم، وذكر منهم الحافظ الفقيه أبا العباس القبّاب(779ه)،والمفتي المحدّث أبا عبد الله الحقّار(811ه).

الفرع الثالث:محنته ووفاته

كانت غرناطة في عصر الشاطبي،مجمع فلول العزائم الأندلسية، وملتقى آفات اجتماعية وانحرافات دينية وخلقية، هيّأت للتواكل والتناحر والضعف،وانتشار بعض البدع التي كان الشاطبي يحسّ بخطرها ، ويوّضح الأدلة على تحريمها، ويجري- بذلك- في مقاومتها على المنهج العلمي الرشيد، والطريق الشرعي المستقيم..

وقد أدّى هذا الموقف منه إلى محنة أصابته ، حيث نسب إلى الرفض وإلى اتهامه بأنه يجوّزالقيام على السلاطين، والتخلّي عن طاعتهم، لا لشيء إلا لأنه لم ير التزام ذكر الخلفاء الراشدين في خطبة الجمعة، ولم يوافق على الدعاء للسلاطين فيها،فكانت النتيجة محنة أصابه لهيبها، حتى قال:" قامت علي القيامة، وتواترت علي الملامة،وفوّق إلي العتاب سهامه، ونُسبت إلى البدعة والضلالة، وأُنزلت منزلة أهل الغباوة والجهالة"[3].

وقد تحدّث الشاطبي عن محنته مع البدع وأهلها في مقدمة كتابه الاعتصام،وكان يتألم لما انتشر في عصره من البدع التي تسبّب بها بعض الناس، ويشير إلى غربة المتمسكين بالسنة الذابين عنها[4]. أمّا مترجموه فلم يذكروا عن الموضوع إلا إشارة خاطفة[5]، هي التي تضمنها قوله لما ابتلي بالبدع:

بُليت يا قوم والبلوى منوّعة بمن أداريه حتى كاد يرديني

دفع المضرّة لا جلبا لمصلحة فحسبي الله في عقلي وفي ديني

وحاصل هذه المحنة أنه تولّى خطّة التدريس بغرناطة،وأسندت إليه خطّة الخطابة والإمامة، فأراد أن يسير فيها على ما يقتضيه العلم

---

[1] - الشاطبي: الإفادات والإنشادات، ص:(100).

[2] - التنبكتي: نيل الابتهاج، (34/1).

[3] - الشاطبي: الاعتصام، ص:(14).

[4] -نفس المصدر، ص:(13) .

[5] - التنبكتي: نيل الابتهاج، (35/1).

والحقّ،ولكنّه اصطدم بما فشا في الناس من سيّئ العادات ومنكر البدع والمحدثات، وهكذا تولّى الإمامة دون أن يوافق على ما ارتبط بها من عادات كان يراها من الشوائب الزائدة، وفي هذا يقول:" دخلت في بعض خطط الجمهور من الخطابة والإمامة ونحوها، فلمّا أردت الاستقامة على الطريق، وجدت نفسي غريبا في جمهور أهل الوقت، لكون خططهم قد غلبت عليها العوائد، ودخلت على سننها الأصلية شوائب من المحدثات الزوائد، ولم يكن ذلك بدعا في الأزمنة المتقدمة، فكيف في زماننا هذا"[1].

وهكذا قام لأداء الرسالة ، وقد أيقن –كما يقول-:" أن الهلاك في إتباع السنّة هو النجاة، وأنّ الناس لم يغنوا عنّي من الله شيئا، فأخذت على ذلك في حكم التدريج في بعض الأمور"[2] .

وتوالت عليه الاتهامات ، فقد نُسب إليه القول بأن الدعاء لا ينفع ولا فائدة فيه، ونسب إليه التشيّع والرفض وبغض الصحابة، ونُسب إليه تجويز الخروج عن الأئمة،واتهم بالغلوّ والتشدد، واتهم بمعاداة أولياء الله الصالحين، وهولم يزد على الإنكار

على "الفقراء المبتدعين المخالفين للسنّة..الذين نسبوا أنفسهم للصوفية، ولم يتشبهوا بهم"[3] .

ورغم هذه الحملة الشعواء، فإن الشاطبي لم يحد عن موقفه، بل لم تزده المحنة التي جلبها له موقفه هذا إلا رسوخا في الحقّ، وثباتا على درب الدين، ومضيا في سبيل الصبر واليقين،إذ يقول:" لمّا وقع علي من الإنكار ما وقع،مع ما هدى الله إليه – والحمد لله – لم أزل أتتبع البدع التي نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلّم وحذّر منها،وبيّن أنّها ضلالة وخروج عن الجادة،وأشار العلماء إلى تمييزها والتعريف بجملة منها،لعلي أجتنبها فيما استطعت، وأبحث عن السنن التي كادت تطفئ نورها تلك المحدثات،لعلّي أجلو بالعمل سناها،وأعد يوم القيامة فيمن أحياها.."[4] .

هكذا آثر الشاطبي الغربة مع الذبّ عن السنّة ومقاومة البدع، ورأى أن الهلاك في إتباع السنّة هو النجاة، وأنّ مسايرة أهل الباطل لا تغني

---

[1] - الشاطبي: الاعتصام، ص:(13) .
[2] - الاعتصام:ص:(14).
[3] - نفس المصدر:ص:(15) .
[4] - نفس المصدر.ص:(16) .

من الله شيئا، وفي هذا الجوّ المشحون ضدّه ، عمد إلى تأليف كتابه الاعتصام الذي يعتبر أهم ما صنّف في موضوع البدع[1]...

- **وفاته:**

أجمع من ترجم للشاطبي على أن وفاته كانت سنة 790ه.في يوم الثلاثاء الثامن من شعبان[2]، وباعتبار التقدير السابق الذي ذكره الأستاذ أبو الأجفان لفترة ولادته، فإنه
يكون عاش نحوا من سبعين سنة، أدركه في وقت منها ضعف الجسم واعتلاله، كما أشار هو نفسه بذلك في آخر إحدى فتاويه[3].

و بمواقف الإمام الشاطبي من البدع ، يعتبر من المجدّدين في الإسلام ، الذين يُحيون السنّة ويذبّون عنها، ويخلصونها ممّا علق بها في أذهان بعض العامة من الشوائب، وبدون هذا الجهد لا يتأتى إصلاح للمجتمع الإسلامي.

المطلب الثالث: مكانته العلمية

احتل الشاطبي بمواقفه السابقة مكانة متميزة بين العلماء في عصره،وما كان ليصل إلى ما وصل إليه إلا بإصراره على الصدع بالحق ؛وتخليص الدّين مما عُلّق به من الشوائب، و لإبراز مكانة الشاطبي ومنزلته العلمية،لا بد من ذكر ثناء أهل العلم عليه، ثمّ مؤلفاته التي خلّفها، وأخيرا أختم ببيان مظاهر التجديد الأصولي عند الإمام،وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: ثناء العلماء عليه

قد أثنى الكثير من العلماء على الإمام الشاطبي -رحمه الله-، وحُقّ له أن يثنى عليه، فقد كان متفننا في أنواع الفنون، وعلى جانب كبير من مقاصد الشريعة، ممّا ساعده على أن يأتي بأبحاث جليلة، وقواعد محررة، وإضافات جديدة في علم أصول الفقه لم يسبق إليها، لذلك أكثر العلماء من الثناء عليه ،بل واستفتاه بعض علماء عصره،مع الاعتراف بفضله في مسائل مستجدة ، لم يجد من يغوص بحرها إلا الشاطبي ،من

---

[1] - قد شهد بهذا كثير من العلماء والكتاب ، ومنهم الشيخ محمد رشيد رضا، حيث قال:" وما رأينا أحدا منهم- أي ممن كتب في موضوع البدع- هُدي إلى ما هُدي إليه أبو إسحاق الشاطبي من البحث العلمي الأصولي في هذا الموضوع". مقدمة الاعتصام: ص:(06).

[2] -ينظر: التنبكتي: نيل الابتهاج(37/1). كفاية المحتاج:(93/1).

[3] -ينظر: الشاطبي: فتاوى الشاطبي، ص:(180).

ذلك ما خاطبه به أحد مستفتيه بقوله :" لكم الفضل فيما أعول عليه في العمل والفتيا"[1].

وممن استفتاه من العلماء في عصره، الشيخ الشهير الفقيه المحدث أبو عبد الله الحفار عن حكم الزيادة في المرتب من بيت المال[2] وغيره ،وأبحاثه مع العلماء كثيرة جدا في عصره، وسنذكر بعض من أثنى عليه من العلماء .

قال أحمد بابا التنبكتي :" الإمام العلامة المحقق القدوة الحافظ الجليل ،كان محدثا أصوليا مفسرا فقيها لغويا بيانيا نظارا ثبتا إماما مطلقا بحاثا مدققا جدليا بارعا في العلوم، من أفراد العلماء المحققين الأثبات ،وأكابر الأئمة المتفننين الثقات ،له القدم الراسخ والإمامة العظمى في الفنون ، مع التحرّي والتحقيق، وله استنباطات جليلة ودقائق منيفة، وفوائد لطيفة ،وأبحاث شريفة، وقواعد محررة محققة ،وبالجملة فقدره في العلوم فوق ما يذكر، وتحليته في التحقيق فوق ما يشهر"[3].

وقال في موطن آخر :" اجتهد وبرع وفاق الأكابر، والتحق بكبار الأئمة في العلوم، وبالغ في التحقيق ،وتكلم مع كثير من الأئمة في مشكلات المسائل من شيوخه وغيرهم، وجرى له معهم أبحاث ومراجعات أجلت عن ظهوره فيها، وقوة عارضته وإمامته[4].

وقال في حقه الإمام الحفيد ابن مرزوق :" إنه الشيخ الأستاذ الفقيه الإمام المحقق العلامة الصالح "[5].

قال أحمد بابا عقبه:" وناهيك بهذه التحلية من مثل هذا الإمام، وإنما يعرف الفضل لأهله أهله "، وقال تلميذه أبو عبد الله المجاري:" الشيخ العلامة الشهير نسيج وحده وفريد عصره "،وقال أبو عبد الله السلمي الجعدالة – رحمه الله – " الإمام الأصولي العالم النظار "[6].

ووصفه محمد مخلوف بقوله :" العلامة المؤلف المحقق النظارة، أحد الجهابذة الأخيار، وكان له القدم الراسخ في سائر الفنون والمعارف، أحد العلماء الأثبات وأكابر الأئمة الثقات، الفقيه الأصولي

---

[1] - ينظر: الشاطبي :فتاوى الشاطبي ،ص:(162) الفتوى(32).الونشريسي: المعيار المعرب، (5/ 219).

2- الشاطبي فتاوى الشاطبي، ص: 167، الفتوى:36 . الونشريسي: المعيار المعرب، (110/7).

3-التنبكتي: نيل الابتهاج، ص: (34/1).

[4]-التنبكتي: المرجع السابق، (35/1).

[5]-التنبكتي: كفاية المحتاج، (92/1)..

[6]-ينظر: التنبكتي: نيل الابتهاج(35/34/1). كفاية المحتاج: (92/1).

المفسر المحدث، له استنباطات جليلة وفوائد لطيفة وأبحاث شريفة، مع الصلاح والعفة والورع وإتباع السنة واجتناب البدع"[1].

وقال الحجوي:" الإمام الحافظ الجليل المجتهد، من أفراد المحققين الأثبات، وأكابر المتفننين، فقها وأصولا وعربية وغيرها "[2].

هذه شهادات بعض العلماء وأهل التراجم والسير، بفضل الشاطبي وإمامته،فنوّهوا بجهوده وحلّوه بما يستحق من الصفات المصدّرة لمكانته، ويدل على استحقاقه لهذه التحلية مؤلفاته وما ذاع له من صيت طيّب، هذا الصيت الذي ذاع وشاع بين طلبته وكثير ممن معاصريه،فأعجبوا باتجاهاته ، وتأثروا بآرائه، وما كان للشاطبي أن يسموا لهذه المرتبة إلا بعد اكتناه المصادر الشرعية واستيعاب الفروع الفقهية..

الفرع الثاني: تلامذته ومؤلفاته

انتصب الشاطبي للتدريس بالجامع الأعظم بغرناطة ، وكانت دروسه تتناول خمسة علوم هي: الفقه والأصول الحديث القراءات والنحو. ويذكر تلميذه أبو عبد الله المجاري بعض الكتب التي كان يعتمدها في تدريس هذه العلوم منها : النحو من الكتاب لسبويه وبعض الشروح على ألفية ابن مالك ، ويعتمد في علم الحديث على مقدمة ابن الصلاح ، أما القراءات فكان اعتماده فيها كتاب التيسير لأبي عمرو الداني. وكان يعتمد في الفقه على مصادر متنوعة منها، الموطأ لمالك ،والمدونة لسحنون، ويعتمد في أصول الفقه على مختصر ابن الحاجب ،إلى أن صنف كتابه الموافقات وأخذ يدرسه[3].

وللشاطبي تلامذة كثر كما تشير المصادر، ولعل من أشهرهم:

*أبو يحي محمد بن عاصم ،عالم وإمام، عمدة خطيب بليغ، وكاتب أديب ، فقد في جهاد العدو في المحرم سنة:813ه[4].

*أخوه أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي. قاضي الجماعة الأصولي المحدث المحقق المتفنن في علوم شتى صاحب تحفة الحكام الشهيرة. توفي سنة 829ه.

---

[1]-مخلوف: شجرة النور الزكية، ص:(231).

[2]-الحجوي: الفكر السامي، (4/ 291).

[3] -ينظر: التنبكتي: نيل الابتهاج، (34/1).

[4] -مخلوف: شجرة النور الزكية، (356/1).

*أبو عبد الله محمد البياني، حيث أخذ عن الشاطبي الفقه ثم تصدر للتدريس بجامع غرناطة[1].

*أبو جعفر أحمد القصار الأندلسي، الذي كان يطالعه الإمام الشاطبي ببعض المسائل حين تصنيفه الموافقات ويباحثه فيها ، وبعد ذلك يضعه في الكتاب[2] .

مؤلفاته:

ألف الشاطبي مجموعة من التآليف المفيدة ،" في غاية النفاسة، مشتملة على تحرير القواعد،وتحقيقات مهمّات الفوائد"[3]،من أشهرها:

1 – كتاب الموافقات. 2- الاعتصام. – 3 شرح جليل على الخلاصة في النحو يقع في أربعة أسفار كبار ،قال عنه التنبكتي:" لم يؤلف عليها مثله بحثا وتحقيقا فيما أعلم"[4]. -4كتاب المجالس: وهو شرح لكتاب البيع من صحيح البخاري ، فيه من الفوائد والتحقيقات مالا يعلمه إلا الله ، فهو كتاب فقه أو تطبيق فقهي. -5 شرح رجز ابن مالك في النحو -6 عنوان الاتفاق في علم الاشتقاق ،وكتاب :أصول النحو، قال التنبكتي:"وقد ذكرهما معا في شرح الألفية، ورأيت في موضع آخر، أنّه

أتلف الأول في حياته،وأنّ الثاني أتلف أيضا"[5] .8- الإفادات والإنشادات ، حققه وقدم له الأستاذ أبو الأجفان.

هذه كتب ومؤلفات الشاطبي ، وهو رحمه الله في مؤلفاته هذه بعيد عن طرق التأليف التقليدية ،والعمل المكرور،وإنما يفترعها افتراعا ويبدع فيها إبداعا ،لأن قد اتخذ القرآن والسنة له نبراسا وإماما ،وحذق لسان العرب "لغة" "ونحوا" وفقها واشتقاقا،بما لم يدرك شأوه من لحقه،ولم ينسج على منواله ومسلكه،فلا جرم كان نجما لامعا،أضاء الأمة الإسلامية في المشارق والمغارب،فلفت الأنظار،وعكفت على كتبه الأبصار،واستضاءت بأنوارها بصائر أهل الأمصار. وسنعود

---

[1] -التنبكتي: نيل الابتهاج، (37/1).

[2] -نفس المصدر: (114/1).

[3] -التنبكتي: كفاية المحتاج، (93/1).

[4] -التنبكتي: نيل الابتهاج، (35/1). كفاية المحتاج: (93/1).

[5] - التنبكتي: نيل الابتهاج:(35/1).

للحديث على كتابي الاعتصام والموافقات باعتبارهما اشهر ما عرف به:

أولا: الاعتصام:

يحتوي على جزئين ، وهو في البدع والمحدثات، عالج موضوعه بمنهاج علمي ، وقد صدّره بمقدمة في غربة الإسلام ، وحديث :« بَدَأَ الإِسْلاَمُ غَرِيباً، وَسَيَعُودُ غَرِيباً كَمَا بَدَأَ»[1]،وقد عرّف فيه البدع، وتكلم عن أقسامها وأنواعها وأحكامها، والفرق بينها وبين المصالح المرسلة والاستحسان، موضحا سبب افتراق فرقة المبتدعة عن جماعة المسلمين ، ليخلص في الأخير إلى الحديث عن الصراط المستقيم الذي انحرفت عنه المبتدعة .

وقد قدم لهذا الكتاب الشيخ محمد رشيد رضا- منشئ المنار- في طبعة المنار، بعناية دار الكتاب المصرية سنة: 1331ه/1931م ، وذكر أنه لم يتم[2].

ثانيا:الموافقات:

لعل أهم ملحظ على مؤلفات الإمام هو ربطه الترجيح والاختيار في مسائل الخلاف بالنظر إلى مقاصد الشريعة وتنقيحها وتحقيقها والتدقيق فيها ،وهذه من أبرز السمات التي جعلت كتب الإمام تحتل مكان الصدارة عند أهل العلم ..وإذا كانت هذه الالتفاتة النفيسة ملحوظة في كتابات الشاطبي ،فإن محطّ الرحل فيها هو كتابه الفريد الفارد الموافقات..

هذا الكتاب الشهير للإمام الشاطبي، قال في مقدمته:" ولأجل ما أودع فيه من الأسرار التكليفية المتعلقة بهذه الشريعة الحنيفية، سمّيته بعنوان " التعريف بأسرار التكليف"[3] ، ثم سماه الموافقات بناء على رؤيا رآها أحد شيوخه الذين أحلهم منه محل الوفادة.

وهو كتاب جليل القدر،وضعه مؤلفه في علم أصول الفقه، ولم ينح فيه منحى المؤلفين قبله، ممّن ركّز منهم مباحثه على المنطق والفلسفة

---

[1] - أخرجه من رواية أبي هريرة: مسلم: كتاب الإيمان، باب بيان أن الإسلام بدأ غريبا وسيعود غريبا وإنه يأرز بين المسجدين، رقم:(232). (118/1).

2- ينظر: محمد رشيد رضا، مقدمة الاعتصام، ص:(4-5).

[3] -الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، شرحه وخرّج أحاديثه:عبد الله درّاز،درط. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان. (17/1).

وعلم الكلام،بل جعل همّه فيه علم أسرار الشريعة واللغة التي نزلت بها، مع استطلاع الحكمة من مراعاة الأهداف والمقاصد التي ترمي إليها الشريعة، وبنى ذلك على قواعد من العلم صحيحة ثابتة ، فعدّه بعضهم لذلك من مجدّدي القرن الثامن[1] .

وينحصر كتاب الموافقات في خمسة أقسام:

القسم الأول: المقدمات العلمية المحتاج إليها في تمهيد المقصود.

القسم الثاني: في الأحكام وما يتعلق بها ، والحكم بها أو عليها، كانت من خطاب الوضع أو من خطاب التكليف .

القسم الثالث: في المقاصد الشرعية في الشريعة، وما يتعلق بها من الأحكام.

القسم: الرابع في حصر الأدلة الشرعية ، وبيان ما ينضاف إلى ذلك فيها على الجملة وعلى التفصيل ،وذكر مأخذها وعلى أي وجه يحكم بها على أفعال المكلفين .

القسم الخامس: في أحكام الاجتهاد والتقليد، والمتصفين بكل واحد منهما، وما يتعلق بذلك من التعارض والترجيح ،والسؤال والجواب في كل قسم من هذه الأقسام.مسائل وتمهيدات، وأطراف وتفصيلات، يتقرر بها الغرض المطلوب، ويقرب بسببها تحصيله للقلوب[2].

وكتاب الموافقات لقي عناية فائقة، وخصوصا في عصرنا هذا، وما زال شأنه يعلو يوما بعد يوم ،فقديما قامت تلميذه أبو بكر بن عاصم بتلخيصه وسماه"نيل المنى في اختصار الموافقات"، وقام تلميذ آخر له بنظمه وسمى منظومته " نيل المنى من

الموافقات"، كما نظمها عام 1306هـ ماء العينين ابن شيخه الشيخ محمد فاضل بن مامين، ثم شرح هذا النظم بعدما طلب منه ذلك وسماه " المرافق على الموافق"[3] .

وكتاب الموافقات في أصول الفقه كتاب جليل القدر جدا ،لا نظير له يدل على إمامته وبعد شأوه في العلوم، سيما علم الأصول، قال الإمام ابن مرزوق:" كتاب الموافقات المذكور هو من أقبل الكتب"[1] .

---

[1] - ينظر: عبد الرحمان الجيلالي، أصالة الإمام الشاطبي بالمغرب جذريا وثقافيا، مجلة الموافقات، ع:01. 1412ه/ 1992م.المعهد العالي لأصول الدين. الخروبة الجزائر.ص:(114).

[2] - الشاطبي: الموافقات، (16/1).

[3] - ينظر: أبو الأجفان، مقدمة فتاوى الشاطبي، ص:(47).

والشاطبي- بسفره هذا- كان إماما مجددا، ومحققا نقادة متفردا،لاريب في ذلك ولا خلاف، وقد ظهرت عمارته في علم الأصول كالشمس في رابعة النهار، حتى ذهب الباحثين إلى أنّ صنيع الشاطبي في المقاصد لا يقل أهمية عن صنيع الشافعي في الأصول،لأنه في حقيقته فقه في الدين ومثال متميز في توظيف الاستقراء الكلي،وعلم متكامل بنظام الشريعة وأسس التشريع..

وهذا الآن بيان لأهم معالم التجديد الأصولي عند الإمام الشاطبي:

الفرع الثالث :مظاهر التجديد عند الإمام الشاطبي

العلماء المستقلون في هذه الأمّة ثلّة من الأولين وقليل من الآخرين،والإمام الشاطبي من هؤلاء القليل، وما رأينا من آثاره إلا القليل...رأينا كتاب "الموافقات" ورأينا كتاب "الاعتصام"، فحُقّ لنا أن ننشد قول الشاعر:

قليل منك لا يكفيني ولكن قليلك لا يقال له قليل

والشاطبي بهذا الكتاب- الموافقات- الذي لم يسبق إلى مثله، وبصنوه- كتاب الاعتصام- من أعظم المجدّدين في الإسلام[2].

وقد أجمع مترجموا الشاطبي والباحثون المتأخرون –ولا سيما في علم مقاصد الشريعة- على أن الشاطبي هو الإمام الذي فتح الباب واسعا لطلبة العلم وأهله للتطلع على أسرار الشريعة وحكمها،ومهّد لهم طريق التعامل مع مقاصدها وكلياتها،جنبا إلى جنب مع نصوصها وجزئياتها،بل يكاد هؤلاء أن يتفقوا على أن الشاطبي هو مبتدع هذا العلم"المقاصد"كما ابتدع سيبويه علم النحو..

يقول الشيخ درّاز:"لم تقف به الهمّة في التجديد والعمارة لهذا الفنّ عند حدّ تأصيل القواعد وتأسيس الكليات المتضمنّة لمقاصد الشارع في وضع الشريعة، بل جال في تفاصيل مباحث الكتاب أوسع مجال،وتوصل باستقرائها إلى استخراج دُرر غوال، لها أوثق صلة بروح الشريعة، وأعرق نسب بعلم الأصول"[3].

والواضح من صنيع الشاطبي في موافقاته، أنّه لم يقصد إلى وضع كتاب تقليدي يستعرض فيه مباحث الأصول على صورتها المعهودة،

---

[1] - التنبكتي: نيل الابتهاج، (35/1).

[2] - ينظر: عبد السلام بن محمد عبد الكريم، التجديد والمجددون في أصول الفقه، ط:2. المكتبة الإسلامية ،القاهرة، مصر. ت:1425ه/2004م. ص:(249).

[3] - عبد الله دراز: مقدمة الموافقات.(06/1).

وإلاّ فقد أعرض عن مباحث هي من صميم ما تتداوله كتب الأصول، وصاغ مباحث كثيرة لا عهد للأصوليين بها،ورغم العصر الذي عاش فيه الرجل،وهو عصر غلبت عليه المتون والشروح والحواشي والتقريرات والتعليقات وما إلى ذلك من أنواع التآليف ، رغم ذلك كله ظل الشاطبي مترفعا عن هذا المستوى الجامد الراكد، متجها في كتابته نحو التجديد والتطوير، سواء من حيث المحتوى ،أو من حيث اللغة والمصطلح العلمي، وفي هذا الصدد يقول الشيخ دراز :" إن قلم أبي إسحاق رحمه الله وإن كان يمشي سويا ،ويكتب عربيا نقيا كما يشاهد ذلك في كثير من المباحث التي يخلص فيها المقام لذهنه وقلمه، فهناك ترى ذهنا سيّالا، وقلما جوالا، قد تقرأ الصفحة كاملة لا تتعثر في شيء من المفردات ولا أغراض المركبات، إلا أنه في مواطن الحاجة إلى الاستدلال بموارد الشريعة والاحتكام إلى الوجوه العقلية والرجوع إلى المباحث المقررة في العلوم الأخرى، يجعل القارئ ربما ينتقل في الفهم من الكلمة إلى جارتها، ثم منها إلى التي تليها، كأنه يمشي على أسنان المشط، لأن تحت كل كلمة معنى يشير إليه ،وغرضا يعول في سياقه عليه ، فهو يكتب بعدما أحاط بالسنة وكلام المفسرين ،ومباحث الكلام وأصول المتقدمين، وفروع المجتهدين وطريق الخاصة والمتصوفين "[1].

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: هو لماذا اشتهر الإمام بعلم المقاصد واشتهر به،ولا يكاد يعرف إلا من طريقه؟بل شغف الناس بكتابه الموافقات نظما واختصارا وصار لأهل عصرنا في النصف الثاني من القرن 14ه فما بعد توجه عظيم إلى دراسة المقاصد والتأليف فيها استقلالا .والجواب :

أن الشاطبي قد أبرز هذا العلم ولهج به وأوسعه بحثا وتحليلا ،تحقيقا وتفصيلا،فعقد بذلك آصرة النسب بين الأصول والقواعد ،ووسع لائحة المقاصد.هذا من جهة..

ومن جهة ثانية: أنه قد فاق فيه عامة من سبقه في النسج والصياغة ،إذ ساقه بنقاوة اللسان العربي متخليا عن الاصطلاحات الكلامية

[1]-درّاز: مقدمة الموافقات .(10/1).

والأدوات المنطقية،وكيف لا يكون كذلك وديدنه في كتابه على أن هذه الشريعة عربية أمية لا مُقام فيها للألسن الأعجمية[1].

ومن أهم خصائص البحث الأصولي، وأهم مظاهر التجديد التي جادت بها قريحة هذا الإمام الجهبذ:

أولا: قوّة الإتباع والإجلال للكتاب والسنّة: وليس أدل على تمكن هذه الصفة في الشاطبي من كتابه الفذ " الاعتصام" ،الذي لم يصنّف مثله في أصول الإتباع والابتداع.

ثانيا: ومن الأمور التي أولاها الشاطبي عناية بالغة : منزلة العقل من النقل ، ووهي مزلة أقدام ومفرق طرق في باب الإتباع،وقد حذا الشاطبي حذو الأئمة الرّاسخين من أهل السنّة، فبيّن أنّ الأدلّة الشرعية لا تنافي قضايا العقول، وأن العقل والنقل إذا تعاضدا على المسائل الشرعية، فعلى شرط أن يكون العقل تابعا للنقل ومكمّلا له غير مستقل بالدلالة[2] .

ثالثا: إن من أبرز خصائص المنهج الأصولي عند الشاطبي، بناء تأصيلاته على الاستقراء، فإنه بيّن في مقدمة الموافقات أنه اعتمد على الاستقراءات الكلية إذ يقول:" معتمدا على الاستقراءات الكلية غير مقتصر على الأفراد الجزئية"[3].بل إنه بلغ بالاستقراء أن جعله خاصة كتابه، وحسب الناظر فيه أن يرمي ببصره حيث شاء ليلتقط لفظة الاستقراء ومشتقاتها، وهي من أجل أن يلفظ بها صاحبها لا بدّ أن تسبقها معاناة وتتبع لعشرات أو مئات الأدلة ، بعقل متدبّر ، حتى يصحّ له أن يقول " استقرأت"[4].

رابعا: كذلك من مظاهر التجديد الأصولي عند الشاطبي: تفتيق مباحث ومسائل جديدة في علم الأصول ، سواء أكان تجديده في أصول المسائل، أم في طريقة التناول،أم في توسيع ما قصّر الأصوليون في بيانه، أو نحو ذلك..،وهذا غيض من فيض من عنوانات المسائل الجديدة التي فجّر الشاطبي ينبوعها:

- نظرية المقاصد الشرعية والمصالح والمفاسد، وهذا من أعظم ما أبدعه الشاطبي.

---

[1] - الموافقات:(53/2) وما بعدها.
[2] - ينظر: الشاطبي: الموافقات.(19/3).
[3] - نفس المصدر:(16/1).
[4] - عبد السلام عبد الكريم، المرجع السابق، ص:(257).

- بيان أن هذا الشريعة أميّة[1]، وقد بنى عليها قواعد جليلة في فهم الشريعة لم يسبق إليها.

- نفي التكليف بأنواع المشاق[2]، ورغم تداوله في كلام الأصوليين، إلا أنه طرقه من جهات جديدة نافعة، وتوسع فيه توسعا كبيرا.

- دلالة المعنى على الكلام يكون باعتبارين: دلالته على المعنى الأصلي، ودلالته على المعنى التبعي[3]، وفيه فوائد عظيمة وقواعد استنباطية دقيقة .

- الأدلة الشرعية ضربان: منها ما يرجع إلى النقل المحض، وما يرجع على الرأي المحض[4] ،وهو تحقيق بديع ، ونسق فريد في كون الرأي ثبت بالنقل ،فكان النقل هو مستند الأحكام التكليفية وأساسها.

وغيرها من مظاهر التجديد كثير، وقليل الأمثلة يدل على سواها مما هو في معناها..

خامسا: وعلى مستوى الإفتاء: يسعفنا ما جمعه الأستاذ أبو الأجفان من فتاوى الإمام الشاطبي في جدول البدع والعادات ،حتى بلغ عددها إلى خمس عشرة فتوى بالإضافة إلى الوصايا والتوجيه والوعظ، كما هو وارد ذلك في فتاويه مما جمعه الأستاذ أبو الأجفان[5].

وليس هذا بغريب على إمام مجدد ،محرر للفكر من قيد التقليد، وفهم الدين على طريق سلف الأمة ،والرجوع في كسب معارفه إلى ينابيعه الأولى.

وهذا الذي ذُكر إشارة إلى قطرة من ساحل كتاب الموافقات،الذي لو اتخذ منارا للمسلمين بتقريره بين العلماء ؛وإذاعته بين الخاصة،لكان منه مذبة تطرد أولئك الأدعياء المتطفلين على موائد الشريعة المطهّرة،يتبجحون بأنهم أهل للاجتهاد مع خلوهم من كل وسيلة،وتجردهم من الصفات التي تدنيهم من هذا الميدان؛سوى مجرد الدّعوى ،وتمكن الهوى ،وترك أمر الدين فوضى بلا رقيب..

كانت هذه لمحة وجيزة عن حياة الإمام الشاطبي، ظهر من خلالها أنّ الرجل مصلح عظيم، ومجدد حكيم، ولولا أن هذا الكتاب-

---

[1] - ينظر : الشاطبي: الموافقات.(53/2).

[2] - نفس المصدر:(91/2) وما بعدها.

[3] - نفس المصدر:(51/2).

[4] - نفس المصدر:(29/3).

[5]- ينظر: الشاطبي ،فتاوى الشاطبي .ص :(46-60).

الموافقات- وصدنوه- الاعتصام- ، ألّفا في عصر ضعف العلم والدين في المسلمين ،لكانا مبدأ نهضة جديدة لإحياء السنة،والرجوع بأحكام الشرع إلى ينابيعها الأولى، وإصلاح شؤون الأخلاق والاجتماع، وإدراك أسرار ومقاصد الشريعة الغرّاء، ولكن المصنف بهذين الكتابين الذين لم يسبق إلى مثلهما سابق أيضا، من أعظم المجددين في الإسلام، فمثله مثل الحكيم الاجتماعي عبد الرحمن بن خلدون[1]، كل منهما جاء بما لم يسبق إليه، ولم تنتفع الأمة كما يجب بعلمه.

[1] - ابن خلدون :هو عبد الرحمان بن محمد ابن خلدون،أبو زيد الفيلسوف المؤرخ،العالم الجتماعي البحاثة.أصله من إشبيلية،ولي بمصر قضاء المالكية،كان فصيحا عاقلا صادق اللهجة طامحا للمراتب العالية،اشتهر بكتابه العبر في سبعة مجلدات أولهما المقدمة،وهي تعد من أصول علم الاجتماع.توفي سنة:(808ه).ينظر:التنبكتي:نيل الابتهاج:(273/1).كفاية المحتاج:(192/1). الزركلي:الأعلام. (330/3).

المبحث الثاني : ضبط مصطلحات البحث

وفي هذا المبحث يتم ضبط المصطلحات التي عليها مدار البحث ، حتى يمكن بعد هذا بيان تقرير الشاطبي على أحسن حال. وتحديد هذه المصطلحات يتم من خلال ضبط حقائقها اللغوية والاصطلاحية، ثم التمييز بينها وبين ما يلابسها من مفاهيم أخرى، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم النظرية

بدأ الفقه الإسلامي بالفروع والجزئيات ، ثم انتقل إلى تقعيد القواعد الكلية والضوابط الفقهية . وهذا التقعيد مرحلة ممهدة لجمع المبادئ الأساسية ، و النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ولكن الظروف التي نزلت بالمسلمين أوقفت العمل الاجتهادي عند مرحلة التقعيد الفقهي ، وبقي الأمر كذلك إلى أن ظهرت النهضة الفقهية في هذا العصر ، فقام العلماء بصياغة نظريات فقهية عامة : مثل نظرية الملكية ونظرية الحق ، ونظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها .

الفرع الأول: حقيقة النظرية الفقهية

لإدراك حقيقة النظرية الفقهية،نعرض إلى بيان حقيقتها اللغوية ثم الاصطلاحية ثم تحديد النسبة بينهما وذلك على النحو الآتي:

أولا: الحقيقة اللغوية :

في اللغة تتسع مادة:"نظر" إلى معان عدة منها: الإبصار،والنظر أيضا تقليب البصيرة لإدراك الشيء و رؤيته، وقد يراد به التأمل و الفحص ، وقد يراد به المعرفة الحاصلة بعد الفحص ، واستعمال النظر في البصر أكثر عند العامة ، وفي البصيرة أكثر عند الخاصة وقيل إنه يتعدى إلى المبصرات المحسوسة بنفسه ، ويتعدى إلى المعاني بفي فتقول : نظرت الشيء و نظرت في الكتاب[1] .

---

[1] - ينظر:- مرتضى الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس .ت : علي بشري .ط:1. 1494/1994ه . مادة نظر : (538/7).دار الفكر بيروت.- المناوي: التوقيف على مهمات التعاريف، ت: محمد رضوان الدية.ط:1.دار الفكر ، دمشق. ت:1999م. ص:(702).

أما الفِقهُ بالكسر: فهو العلم بالشيء والفهم له ، يقال أوتي فلان فقها في الدين أي فهما له ، والفقه : الفطنة ، وقد جعلته العرب خاصا يعلم الشريعة وتخصيصا بعلم الفروع منها[1] .

ثانيا: الحقيقة الاصطلاحية :

أما تعريف هذا الفن باعتباره لقبا، فنجد أن من كتبوا فيه لم يحددوا معنى النظرية على أساس أنها من الأمور المعلومة التي لا تحتاج إلى بيان عندهم ..، ويبدو من إطلاق مصطلح "نظرية " بوجه عام، سواء أكان ذلك في العلوم الصرفة أم الإنسانية، أنهم يقصدون بها مجموعة من الآراء التي تفسر بها بعض الوقائع . جاء في المعجم الفلسفي الذي صنفه طائفة من العلماء :"أن النظرية : فرض علمي يربط عدة قوانين بعضها ببعض ،ويردها إلى مبدأ واحد يمكن أن يستنبط منه حتما : أحكام وقواعد"[2] .

أما معناها بالاصطلاح الخاص ، فقد عرفت بتعاريف متعددة نذكر منها :

(1) : عرف الأستاذ مصطفى الرزقاء النظريات الفقهية بأنها : "الدساتير والمفاهيم الكبرى، التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي ,كانبثاث أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني ، و تحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام"[3].

وتعريف الشيخ هذا :يعد تصويرا سليما ودقيقا للمراد بالنظرية عند رجال القانون ، وإن كان على خلاف ما تقتضيه الأصول المنطقية للتعريفات ، وفيه من الاتساع ما يشمل الموضوعات الأصولية والموضوعات الجزئية الصغيرة الداخلة في إطار ما هو أوسع منها[4].

---

[1] - ينظر:-الشريف الجرجاني: علي بن محمد، التعريفات، ت:عبد المنعم الحنفي. درط.دار الرشاد، القاهرة، مصر. د:ت.ص:(191). – الزبيدي: تاج العروس : مادة : (فقه) ، (72/19) .

[2] - الباحسين :يعقوب ،القواعد الفقهية : ط : 3. مكتبة الرشيد، الرياض.ت: 1424ه/2003م. ص:(144).

[3] - الزرقاء :مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام . ط :1 . دار العلم ، دمشق سورية.ت: 1418ه/1998م . (329/1).

[4] - الباحسين ، المرجع السابق ، ص : (146) .

(2) :وقد طرح الشيخ الأستاذ أحمد فهمي أبو سنة تعريفا للنظرية الفقهية فقال إنها : " القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي ، تحته موضوعات متشابهة في الأركان والشروط و الأحكام العامة"[1] .

ومن الملاحظ على تعريف الشيخ أبي سنة : أنه لا يميز القواعد الفقهية من النظريات، فتعريفه تدخل فيه القواعد الفقهية أيضا أو بعضها على أقل تقدير . فقاعدة " لا ضرر و لا ضرار " مثلا قاعدة كبرى تنطوي تحتها جزئيات لا تحصى، متشابهة في الأركان و الشروط و الأحكام العامة .

(3) : عرّفها الدكتور علي الندوي بأنها : " موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية ، حقيقتها : أركان و شروط و أحكام ، تقوم بين كل منها صلة فقهية ، تجمعها وحدة موضوعية، تحكم هذه العناصر"[2].

وهذا التعريف يُبيّن أن النظرية الفقهية عبارة عن نظام عام لموضوع فقهي خاص ، تنطوي تحته مسائل و فروع فقهية عديدة ، تتعلق بتعريف الموضوع ، وبيان مقوماته من أركان و شروط وموانع وضوابط ، و بيان آثاره، وتحديد أسباب نهايته،وغير ذلك[3] .

يتضح مما سبق أن النظرية بمعناها اللغوي أعم مطلقا من النظرية بمعناها الخاص ، فبينهما نسبة عموم وخصوص مطلق .

هذا والنظريات الفقهية بالمعنى المشار إليه، تعد من الأمور المستحدثة التي اقتضتها حاجة الدارسين للفقه الإسلامي في كليات الحقوق والقانون الآخذة في مناهجها بطريق الحضارة الغربية ، و لهذا نجد من قاموا بتدريس موضوعات الشريعة و الفقه في هذه الكليات تأثروا بذلك ..ومن الأمور الثابتة أن الفقه الإسلامي لم تتضمن مراجعه القديمة بحث المادة الفقهية على هيئة النظريات بالمعنى الذي ذكرناه .. وبسبب خلو الفقه الإسلامي مما ذكر، وجد كثير من شيوخ العلم يميلون إلى رفض اصطلاح "نظرية" في الفقه معللين ذلك بأن النظرية تقوم

---

[1] - أحمد فهمي أبو سنة : النظريات العامة للمعاملات (44) . نقلا عن محمد عثمان بشير : القواعد الكلية و الضوابط الفقهية : ط : 1 . دار الفرقان، عمان، الأردن،ت: 2000م . ص (81) .

[2] - الندوي: أحمد علي ، القواعد الفقهية. ط:2. دار القلم ،دمشق، سورية. ت:1412ه/1991م.. ص:(54).

[3] - ينظر: محمد عثمان بشير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية ،ص: (25) .

على أساس التسطير الفكري للإنسان، فهي تمثل وجهة نظره إلى الأمور ، أما الفقه فأساسه النص الشرعي أو ما استند إليه .

على أنه يقال : إن الفقه ليس حصيلة النصوص الشرعية المجردة ، وإنما يجمع إلى ذلك اجتهادات العلماء في فهمها وتفسيرها ، والقياس عليها ، فللنظر مدخلا أيضا ، ولهذا فإن الذي يغلب على الظن أن هذا الإنكار يعود إلى أن النظرية من مصطلحات الفقه الغربي والوضعي ، أو أنها من الأمور من المحدثة المبتدعة[1] ...

الفرع الثاني: العلاقة بين النظرية و القاعدة

لتحديد العلاقة بين المصطلحين،لا بدّ أولا من إدراك حقيقة القاعدة ،ثم بيان الفرق بينهما، وذلك على النحو الآتي:

أولا: حقيقة القاعدة لغة:

والقاعدة لغة: أصل الأسّ،والقواعد: الأساس، وقواعد البيت أساسه، وكل ما يرتكز عليه الشيء فهو قاعدة[2] .

ثانيا: حقيقة القاعدة اصطلاحا:

أمّا اصطلاحا:فهي "قضية كلية ، من حيث اشتمالها بالقوّة على أحكام جزئيات موضوعها"[3].

ثالثا:الفرق بينهما:

ذهب بعض العلماء إلى أن النظريات الفقهية بالمعنى المشار إليه سابقا، مرادفة للقواعد الفقهية ، ومن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة حيث قال : " فأصول الفقه ينبني عليه استنباط الفروع الفقهية ، حتى إذا تكونت المجموعات الفقهية المختلفة، أمكن الربط بين فروعها ، وجمع أشتاتها في قواعد عامة جامعة لهذه الأشتات ، وتلك هي النظريات الفقهية " وقال في موضع آخر : " أما القواعد الفقهية فهي

---

[1] - ينظر: الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص : (148) .

[2] - ينظر: ابن منظور: الإفريقي، لسان العرب، ط:1.دار صادر ،بيروت، لبنان. ت: 1997م. مادة: قعد. (291/5).

[3] - السدلان: صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرّع عنها،ط:1.دار بلنسية، الرياض،المملكة العربية السعودية.ت:1417ه. ص: 12. وينظر أيضا: الشريف الجرجاني: التعريفات، ص:(195).

مجموعة من الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها، أو إلى ضابط فقهي يربطها ، فهي ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة، يجتهد فقيه مستوعب للمسائل، فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط واحد هو القاعدة التي تحكمها أو النظرية التي تجمعها"[1].

غير أن كثيرا من العلماء المعاصرين، يجنح إلى التفريق بينهما ،كالأستاذ أبو سنة والدكتور الندوي والشيخ الرزقاء .يقول هذا الأخير : " إن النظريات هي غير القواعد الكلية التي صدرت مجلة الأحكام بها .. فإن تلك القواعد إنما هي ضوابط وأصول فقهية تراعي في تخريج أحكام الحوادث، ضمن حدود تلك النظريات الكبرى"[2].

فهما وإن اشتركتا في أن كلا منهما يشتمل على فروع فقهية من أبواب مختلفة ، إلا أنهما يفترقان من عدة وجوه نذكر منها :

أولا: النظريات فيها ما يتناول موضوعا خاصا ، ولكنه منتشر بين طائفة من المعلومات المبثوثة في أبواب مختلفة من كتب الفقه ،كنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ..وفيها ما هي ذات نطاق ضيق، وتتناول موضوعا خاصا من موضوعات الفقه، كنظرية الضمان ،و نظرية الغصب. ومن هذا يتضح أن النظريات الفقهية أكثر اتساعا وشمولا، لأن النظرية قد يندرج تحتها كثير من القواعد الكلية والضوابط الفقهية ..غير أن القاعدة الفقهية قد تكون في بعض الأحيان أعم من النظرية الفقهية، إذا كانت ذات صلة بعدة نظريات فقهية كقاعدة "الأمور بمقاصدها "، فتكون العلاقة بينهما العموم و الخصوص الوجهي[3] .

ثانيا : القاعدة الفقهية لا تشتمل على شروط وأركان وضوابط ، بخلاف النظرية الفقهية ، فلا بد لها من ذلك .

ثالثا : القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهيا في ذاتها ، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها ، فقاعدة :" اليقين لا يزول بالشك "تضمنت حكما فقهيا في كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك ، وهذا بخلاف النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكما فقهيا، كنظرية الملك، و الفسخ والبطلان[4] ...

---

[1] - محمد أبو زهرة : أصول الفقه . درط . د:ت . دار الفكر العربي ، القاهرة، مصر. ص:(08).

[2] - مصطفى الزرقاء : المدخل الفقهي العام : (330/1).

[3] - عثمان البشير: القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، ص :(26).

[4] - ينظر: الندوى : القواعد الفقهية ، ص:55 . - الباحسين ، المرجع السابق ،ص:(149) .

رابعا : وإن بعض ما يذكره بعض الباحثين من النظريات مما يتعلق بالأصول كنظرية العرف أو الاستحسان أو المصلحة لا يُعدّ نظرية فقهية ، ولا هو من القواعد الفقهية ، وحينما تحدث رجال القانون عن "نظرية العرف" لم يعدوها نظرية فقهية ، و إنما عدوها مصدرا من مصادر القانون[1].

وخلاصة القول: أنّ النظرية هي غير القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي،فإنّ هذه القواعد هي بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلك النظريات، أو إنها هي القواعد الخاصة أمام القواعد العامة الكبرى،وبهذا يسوغ لنا القول أنّ لكل من النظرية العامة والقاعدة الفقهية خصائص يتميّز بها كل منهما دون الآخر،فإذا كانت النظرية العامة تشمل جانبا واسعا من الفقه الإسلامي ومباحثه،وتُشكل دراسة موضوعية مستقلة لذلك الجانب،فإن القاعدة الفقهية تمتاز بإيجاز في صياغتها لعموم معناها وسعة استيعابها للفروع الجزئية من أبواب مختلفة[2] .

المطلب الثاني: مفهوم الحق بين الفقه والقانون

من المعلوم أنّ البحث في معلوم- وهو ما يمكن تصوره وإدراكه- إنما يراد لجمع صورته في الذهن، وذلك يستلزم الكشف عن حقيقته،غير أن هذه الحقيقة قد تتنوع بتنوع الاعتبارات، وعلى هذا فلتحديد مفهوم فكرة الحق ،لا بد أولا من تحديد منزلتها وموقعها في المجتمع البشري ، من حيث مدى اعتبارها،ثم مدى تأثير هذه المنزلة في تحديد المفهوم الكلي لفكرة الحق وذلك من خلال بيان المذاهب فيها ثم تحديد مفهومها الكلي كأثر حتمي لهذه المذاهب :

الفرع الأول:المذاهب في الحقوق

كل جماعة من الجماعات كانت تجد نفسها أمام حاجات تدفع بأصحابها إلى التماسها مما في أحضان الطبيعة ، أو مما في حيازة الآخرين ..ومن هنا نشأت فكرة الحق كنظام يحجز بين حاجات الناس حتى لا تطغى حاجة إنسان على حاجة غيره ، " ففكرة الحق إذن هي

---

[1] - ينظر : عبد المنعم فرج الصده ،أصول القانون .درط . دار النهضة العربية ،بيروت ،لبنان. د:ت. ص :(140) .

[2] - ينظر: الندوي، المرجع السابق، ص:(57).

من النظام الذي يخط لتلك الحريات الاكتسابية مسالكها في الأرض الواسعة ، و من ثم تواردت أراء البشرية منذ أقدم العصور على الإقرار بفكرة الحق وتعظيم حرمتها، و الاحتجاج بها ، و إن اختلفت مداركهم وأعرافهم في تحديد المفهوم الكلي لفكرة الحق وتعيين مواقعه تبعا لتفاوت خضوعهم لحرمة الحق وقدسيته.. هذا الاختلاف الذي كان من أعظم الأسباب التي منعت البشرية أن تعيش في نعيم مطمئن بعد اتفاقهم على فكرة الحق"[1] .

وقد تصدّرت المذاهج الوضعية فلسفتان لبيان ماهيّة الحقّ ونطاقه وغايته،هما : الفلسفة الفردية، والفلسفة الاجتماعية...

أولا:فكرة الحق في المذهب الفردي :

كانت أولى النظريات القانونية التي ظهرت لتحديد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ خضوع الدولة للقانون ،هي نظرية الحقوق الفردية، التي تقول بوجود حقوق فردية وأصلية وسابقة على الدولة ... وبأن الفرد ما انضوى تحت لواء الجماعة إلا لحماية هذه الحقوق والتمتع بها في أمن وطمأنينة ... ومادامت هذه الحقوق سابقة على كل تنظيم سياسي، فهي تخرج عن سلطات الدولة، بل ونشاطها ، وهذه هي النظرية التي قام عليها إعلان حقوق الإنسان و المواطن في فرنسا سنة : 1789م . وحظيت هذه الفكرة بالتأييد المطلق ما يقرب من قرنيين من الزمان[2] .

إن الفلسفة التي تقوم عليها النظرة الفردية باعتبار الفرد وحقوقه ومصالحه الخاصة "محور القانون وغايته "، ينبع من طبيعة الحقوق وأنها مستمدة من ذات الإنسان، باعتباره إنسانا كان يتمتع بها منذ الفطرة الأولى ، و تأسيسا على هذا كانت هذه الحقوق هي أساس القانون ، والمجتمع والدولة إنما وجدا لخدمة الفرد وحقوقه،و بذلك ، بل إن الفرديين [3] تحددت وظيفة الدولة بحراسة هذا الفرد وحمايته

---

[1] - ينظر: أحمد فراح حسين - عبد الودود السبرتي ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه درط . دار النهضة العربية، بيروت، لبنان . ت : 1997 . ص : (10) .

[2] -ينظر: ثروت بدوي ، النظم السياسية، درط . دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر .ت : 1972م ص:(159) .

[3]- ينظر:- حسن كيرة: المدخل إلى القانون،ط:5. منشأة المعارف، الإسكندرية، د:ت. ص:(167).- الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق. ط:2. مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان. 1988.ص: (339).- علي أحمد المهداوي:فلسفة الحق في المنظورين الإسلامي والوضعي، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات، ع:1.ت:2003م. جامعة الزرقاء الأهلية، الأردن. ص:(56).

يعدون الدولة شرا ضروريا ، فهم يرون أن كل عمل من أعمال الدولة نقص من حرية الفرد ومن ثم فهم يقولون أن الدولة شرٌّ، مع أنها تصبح ضرورية لما جبل عليه الإنسان من أنانية و جشع.[1]

فأنصار هذا المذهب يقيمون القانون على أساس من نظرية الحقوق الفردية الطبيعية، لتكون بذلك امتيازات طبيعية مطلقة وسابقة في وجودها على القانون، بل وعلى الجماعة، لأنها تستند إلى الحالة الطبيعية...ولا ضرر في - منطق هذا المذهب - من إطلاق الحقوق و الحريات، لأنّ مصلحة الفرد لا تتعارض مع مصلحة المجموع.[2]

وعلى هذا فالفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع ، والقانون لا يوجد إلا لحماية حقوق الأفراد وكفالة التمتع بها ..فدوره على هذا دور سلبي ينهض في حدود ضيقة للغاية، إذ المبدأ عنده هو الحرية في مظاهرها المختلفة ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية .

ولعل أهم ما يؤخذ على هذا المذهب ،هو إغراقه في التصور والخيال، إذ يقوم على أساس أن للإنسان الفطري قبل دخوله في الجماعة ولمجرد صفته إنسانا ، حقوقا طبيعية و دائمة ، وأنه احتفظ بهذه الحقوق حينما انخرط في سلك الجماعة ، و أن العقد الاجتماعي لم يكن من شأنه حرمانه من تلك الحقوق ، و إنما على العكس قصد بها حمايتها و المحافظة عليها ، على أن هذا الإدعاء منهار الأساس ، لأن الحق لا يتصور وجوده في غير وجود الجماعة ، و الإنسان الفطري لا تربطه علاقة اجتماعية بغيره من البشر لأنه يحيا في عزلة فردية ، ومن ثم لا يتصور له حقوق... والمذهب الفردي بهذا لا يراعي الصالح العام بسبب ما ذهب إليه من افتراض خاطئ مؤداه أن الصالح العام ليس إلا حصيلة الحقوق الفردية ..ليكون الأساس الذي بني عليه هذا المذهب يحمل بذوره فساده ، فقد غالى في إطلاق الحقوق، بدعوى أنها حقوق طبيعية ولدت مع الإنسان منذ النشأة الأولى ،على أن الكلام في الحقوق، وهي لا توجد إلا حيث توجد الروابط الاجتماعية بين الأفراد ، وهذا يستلزم بالضرورة أن يكون صاحب هذه الحقوق

---

[1]- محمد عبد المعز: في النظريات والنظم السياسية. د:ط. دار النهضة العربية. بيروت. 1981. ص:(17). وينظر: المهداوي: المقال السابق، ص:(56).

[2]- ينظر: الدريني :الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده :ط:2.مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان. 1397ه/1977م.ص:(41).- إبراهيم عبد العزيز، محسن خليل: النظم السياسية والقانون الدستوري. درط.د:ت.ص:(250).

كائنا اجتماعيا ، ولذلك انتقض المذهب الفردي من أساسه، وفسد كل ما بني عليه من نتائج[1].

والخلاصة: أن المذهب الفردي جعل الفرد الهدف من وجود القانون ، فتنكب الطريق الحق عندما نادى بإطلاق الحرية الفردية، وافترض حقوقا تعلو على القانون ، وهذا أساس خاطئ ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ كيانه .. فإطلاق الحرية الفردية ينطوي على تجاهل لحقيقة الواقع من حيث تفاوت الأشخاص في قوتهم الاقتصادية ،مما أدى إلى أن أصبحت هذه الحرية أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم[2].

ثانيا:فكرة الحق في المذهب الاجتماعي :

بقدر ما كان المذهب الفردي متطرفا في تقديس الفرد والاعتراف بحقوقه إلى حدّ التغاضي عن حقوق الجماعة وصالحها، بقدر ما جاء المذهب الاجتماعي متطرفا في الناحية المقابلة، أي في تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص، على أساس أن القانون بوصفه ظاهرة اجتماعية يجب أن يبنى على أساس واقعي، معلوم بالمشاهدة أو التجربة، فخرجت بذلك الأسس المبنية على مثل عليا ميتافيزيقية، وهو ما يذهب إليه أنصار المذهب الطبيعي[3].

وهذا المذهب مفهوم الحق فيه، يقوم على فلسفة التضامن الاجتماعي ، لأن الفرد ملزم بالامتناع عما يخل بهذا التضامن ، وملزم بإنجاز كل فعل يؤدي إلى صيانته وتنميته ...ومن هنا صارت الحقوق وظائف اجتماعية خالصة، أو واجبات، أو مراكز قانونية يخلقها المشرع متى شاء على ضوء مصلحة المجتمع .. وعلى هذا فليس للقانون من أساس وغاية إلا المصلحة العامة ، والحقوق مراكز قانونية يشغلها الأفراد لأداء وظائف اجتماعية للمجتمع لا لأنفسهم[4] .

فالمذهب الاجتماعي لا يعني بالإنسان كفرد في ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس، ولكنه يعني به ككائن اجتماعي مرتبط بغيره من

---

[1]- ينظر: عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون:ص(32). ثروت بدوي : النظم السياسية.ص:(159). حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ص:(169/168).

[2]- ينظر: عبد المنعم فرح الصده: المرجع السابق : ص :(34) .إبراهيم شيحا،محسن خليل: المرجع السابق،ص:(251).

[3] - ينظر:حسن كيرة، المرجع السابق، ص:(71). المهداوي: المقال السابق، ص:(57).

[4]- ينظر:ثروت بدوي: النظم السياسية : ص:(164) .الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده :ص:(45).

الن اس ومتضامن معهم في سبيل تحقيق صالح الجماعة التي تضمّهم،فالجماعة إذن لا الفرد هي الهدف الأسمى من الوجود ، لأنها غاية في ذاتها ، وليست أداة أو وسيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هي القيمة العليا التي ينبغي حمايتها، والتمكين لصالحها وخيرها[1].

وإذا كان الحق في فلسفة هذا المذهب مجرد وظيفة اجتماعية ،فإنّ الحقوق من الجماعة وللجماعة ، تدور مع التنظيم الاقتصادي والسياسي والاجتماعي تتأثر ويتحكم هو فيها ، ومن هنا كانت مجردا اختصاصات أو وظائف اجتماعية، وأصحابها موظفون عاملون موكلون باستعمالها على وجه يحقق الصالح العام ، فبالغ في هذا إلى حد إلغاء الملكية الخاصة،والتضحية بمصلحة الفرد في سبيل مصلحة المجموع، بحيث يجعل نصيب عينيه مصلحة الجماعة وحدها[2].

وهذا الموقف من فكرة الحق وطبيعته، جاء كرد فعل حتمي على النظرية الفردية وتطرفها في تقديس الفرد وحقوقه ، "فخرجت نظرية جديدة تقوم على أساس إنكار كل من فكرة السيادة ،وفكرة الحق الفردي، وفكرة الشخصية المعنوية"[3]. ليلغي فكرة الحق من أساسها ، ويحوّل الحق إلى مجرد وظيفة اجتماعية ، يقضي من خلالها على شخصية الفرد كشخص حر مستقل ، على أساس أن الأفراد اتفقوا بينهم على إقامة مجتمع يرعى فيه كل فرد حقوق غيره ، وينزل فيه كل فرد عن حريته في العمل حسب ما يهوى، مؤثرا في ذلك المصلحة الآجلة على العاجلة[4].

والخلاصة أن الحق- في فلسفة هذا المذهب- من الجماعة وللجماعة ، فهي تدور مع التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للجماعة ، تتأثر به ويتحكم هو فيها ، دون أن يكون للمثل العليا - عند أرباب هذا المذهب - التي تتفق وأصول التعقل الإنساني ،بل وأصول

---

[1] - ينظر: حسن كيرة : المدخل إلى القانون، ص:(171). إبراهيم شيحا، محسن خليل: النظم السياسية والقانون الدستوري،ص:(257).

[2]- ينظر: عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري،درط. الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت، لبنان.ت:1993م. ص:(328).- عبد المنعم فرحة الصده : أصول القانون : ص(35) .

[3]- ثروت بدوي: النظم السياسية. ص: (163).

[4]- محمد عبد المعز : في النظريات والنظم السياسية : ص : (51). شيحا، محسن خليل: المرجع السابق، ص: (257).

الفطرة أدنى اعتبار ، لا شيء، إلا لأن القانون يجب أن يشتق من أمور واقعية[1].

من كلّ ذلك نخلص بأنّ المذهبين الفردي والاجتماعي، متطرفان كل منهما في الناحية العكسية للآخر،تطرفا يؤدي في الناحيتين إلى نتائج غير مقبولة[2] ، فبينما بسوق المذهب الفردي – بمنطقه في تقديس الفرد وحريّته- إلى تحكّم فريق من الأفراد في فريق ، يسوق المذهب الاجتماعي- بمنطقه في تقديس الجماعة وصالحها – إلى تحكّم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الأفراد..كل ذلك يحتّم الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي، بما يتيح تحقيق صالح الفرد، دون إهدار صالح الجماعة، والتمكين لخير الجماعة، وهذا ما نهضت به الشريعة الإسلامية.

ثالثا: فكرة الحق في الفقه الإسلامي :

فكرة الحق وطبيعته إنما تنبثق أصلا من طبيعة الفقه الإسلامي كفقه تقويمي واقعي ، أقرّ الحق الفردي وحماه، ونسّق بينه وبين الحق العام أو حق الجماعة ، ووفّق بينهما بأصول وقواعد محكمة ...

فالحق في الفقه الإسلامي أساسه الشرائع وليس حقا طبيعيا ، وإنما هو منحة إلهية يعطيها للأفراد وفق ما يقضي به صالح الجماعة ، ومن هنا كانت هذه الحقوق المخولة للأفراد مقيدة شرعا في استعمالها بمراعاة حقوق الغير ، وعدم الإضرار بمصالح الجماعة ، فإذا قرر الحكم الشرعي حقا من الحقوق فإنه ينشئ في نفس الوقت واجبا مقررا على صاحبه وهو ضرورة استعماله على الوجه المشروع ، وكذلك واجبا مقررا على غيره من الناس، وهو احترام هذا الحق في نطاق الحدود الشرعية المرسومة[3].

فالجهة التي تثبت بها الحقوق لأصحابها، وتمنحهم حق استعمالها و الاستمتاع بها هو رب العباد ، وإذا كان الحق منحة إلهية، فليس للفرد مطلق الحرية في استعماله ، ولا فرق في هذا بين حق خاص وحق عام .

---

[1]- الدريني : الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده : ص : (51) .

[2] - حسن كيرة: المدخل إلى القانون، ص: (174).

[3]- بلحاج العربي ، معالم فكرة الحق لدى فقهاء الشريعة . مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد: 25.ت:1415ه.ص: (60).

ومن هذا كان من الأعدل والأحفظ للحق والمصلحة، أن يُعترف بالحق الفردي وحق المجتمع على السواء، ثم يقيد الأول بما يدفع كل ضرر غير عادي يلحق بالغير من الفرد والمجتمع ، وأن يقام التوازن بين المصالح المتعارضة ، وهذا ما جاء به التشريع الإسلامي ، واهتدت إليه معظم التشريعات المعاصرة في العالم المتحضر في هذا القرن . فالفقيه الفرنسي "جوسران" ذهب إلى أن للحق وظيفة اجتماعية لم يكن وجوده وشرعه إلا لتأديتها ، وعليه إذا ما استعمل الحق لمجرد الإضرار، أو لتحقيق غرض غير مشروع ، فإنه لا يكون في هذه الحال حقا[1].

يقول الأستاذ محمّد فاروق النبهان:" الحقّ في الفقه الإسلامي ليس شخصيا، ولو كان شخصيا لما احتاجت المصالح الشخصية إلى اعتراف شرعيّ بها، فاشتراط الاعتراف الشخصي دليل واضح على أن الشرع هو مصدر الحقّ،ولا يمكن للشرع أن يقرّ حقا مطلقا، لأن الإطلاق مخالف للطبيعة الاجتماعية للحقوق، وما استعمل الفكر الأصولي كلمة "حقوق الله" ، إلا لتأكيد قداسة المصالح الاجتماعية ،وكل الأحكام الفرعية الفقهية تؤكد الطبيعة الاجتماعية للحقّ في الفقه الإسلامي،فإذا كان الحقّ في الأساس أُقرّ لحماية مصلحة صاحبه التي اعترف بها الشرع ، فإن استعمال الحقّ يجب أن يكون في إطار المصلحة الاجتماعية ،لكي تكون حريّة المجتمع منسجمة.."[2].

وقد رتب الفقهاء الآثار اللازمة على الحق بعد ثبوته ، باستيفاء الحق لصاحبه كاملا بكل الوسائل المشروعة ، كما قرّروا حماية الحق لصاحبه من أي اعتداء ، بأنواع مختلفة من المؤيدات[3]، منها المسؤولية أمام الله والمسؤولية المدنية ، وهكذا حمت الشريعة الإسلامية كل أنواع

---

[1] - علي الخفيف : الملكية في الشريعة الإسلامية : درط .دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.ت:1995م.ص:(09).

[2] - محمّد فاروق النبهان: تقييد الحقّ في الفقه الإسلامي بالمصلحة الاجتماعية، مجلّة الأكاديمية، العدد: 6.ت:1989م.ص:(193).

[3] - والمؤيدات الشرعية كل ما شرع من التدابير لحمل الناس على طاعة أحكام الشريعة الأصلية ، فالمؤيدات الشرعية هي الأحكام الحامية ، والنظام الأصلي الذي شرعت المؤيدات لحمايته هي الأحكام المحمية ، فإذا فقدت هتكت الشريعة ، ولم يبق معها احترام . ينظر: مصطفى الرزقاء : المدخل الفقهي العام : (2/ 666) .

الحقوق الدينية والمدنية ، الخاصة والعامة، باحترام الحق لصاحبه وعدم الاعتداء عليه[1] . هذا من جهة ..

ومن جهة ثانية : ألزمت صاحب الحق على استعماله بوجه مشروع ، فإن استعمله على وجه يضر به أو بغيره صار "متعسفا" في استعمال الحق ، لتقرر الشريعة الإسلامية -انطلاقا من هذا المبدأ- نظرية قائمة بذاتها ، اصطلح عليها فيما بعد عند فقهاء القانون الوضعي بنظرية التعسف في استعمال الحق ، التي نمت وترعرت تحت ظلال فقه تقويمي واقعي، أبقى على فكرة الحق ، وحافظ على عنصريها الفردي والاجتماعي، ثم أقام التوازن بين هذين العنصرين بما لا يطغى أحدهما على الآخر ، لتمثل هذه النظرية بحق نموذجا فاضلا للنزعة الخلقية في التشريع الاسلامي .

الفرع الثاني: مفهوم الحق

يستدعي البحث في نظرية التعسف، النظر في تعريف الحقّ في الفقه الإسلامي، وتحليله، ومقارنة ذلك بمفهومه في الفقه القانوني، لتتبيّن ماهية هذا الحقّ الذي يساء استعماله.. هذا وقد أظهرت الدراسة السابقة مدى اختلاف المدارك في تحديد أساس الحقوق وطبيعتها، هذا الاختلاف كان له أثر في تحديد مفهوم أوحقيقة هذا المصطلح.

وعلى كلّ، فالذي يهمّنا هنا هو بيان مفهوم فكرة الحقّ في الفقه الإسلامي خاصّة،ثم مفهومه في الفقه القانوني، وأخيرا الفرق بين مصطلح الحقّ ومصطلح الإباحة أو الحرية العامة..

أولا: مفهوم الحق في الفقه

لتحديد مفهوم الحق في الفقه الإسلامي، لا بدّ أولا من إدراك حقيقته اللغوية، ثم الاصطلاحية، ثم تحديد العلاقة بين الحقيقتين:

(1): **الحقيقة اللغوية :**

---

[1] - وهبة الزحيلي : الفقه الاسلامي وأدلته، ط:1.دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، سوريا. ت:1412ه/1991م. (2861/4).

الحاء والقاف أصل واحد يدل على إحكام الشيء وصحته ، فالحق نقيض الباطل ويقال حق الشيء إذا وجب[1]. وحق الله الأمر بحق حقا وحقوقا صار حقا وثبت[2] .

وقد وردت كلمة "حق" في القرآن الكريم وفي السنة النبوية في مواضع كثيرة لا تخرج عن معنى الثبوت والوجوب ، وقد جاء في أساس البلاغة للزمخشري[3] : " حق الله الأمر حقا وأثبته و أوجبه ، وأحق الله الحق : أظهره وأثبته ومنه:(بِكَلِمَٰتِهِۦ ٱلۡحَقَّ ٱللَّهُ وَيُحِقُّ) [يونس/82]. وقد تطلق كلمة حق ويراد بها النصيب ،مثل قوله تعالى: (مَّعۡلُومٌ حَقٌّ أَمۡوَٰلِهِمۡ فِيٓ وَٱلَّذِينَ) [المعارج/24][4] .

كذلك قد تطلق هذه الكلمة ويراد منها العدل ، وتطلق ويراد منها اليقين وهو ما يقابل الظن ، وبكل هذه المعاني ورد القرآن الكريم ، والقدر المشترك بينهما : الثبوت المؤكد...

وعلى هذا الأساس استعمل الفقهاء كلمة حق : فأطلقوها على الشيء الثابت الذي لايجوز إنكاره[5]، حتى صار استعماله يطلق على كل ما هو ثابت ثبوتا شرعيا أي بحكم الشرع وإقراره ، سواء أثبت هذا الحق لشخص من الأشخاص ، أم لعين من الأعيان .

(2): الحقيقة الاصطلاحية:

الحقّ اصطلاح أصبح علما على نظرية فقهية كبرى في الفقهين الشرعي والوضعي، وهذا الاصطلاح وتلك النظرية لم يلقيا الحظّ الأوفى من الدّرس والتحليل في الفكر الفقهي الشرعي قديما، وإن كانت

---

[1] - ابن فارس : معجم مقاييس اللغة. ت : عبد السلام هارون . درط ،دار الجيل ،بيروت ، لبنان . 1995م . مادة : حقق .(18/2).

[2] - الرازي: مختار الصحاح ، . درط ،مكتبة لبنان ، بيروت. 1995م .مادة (حقق) . ص (62). وينظر : ابن منظور: لسان العرب ، مادة: حقق.:(122/2).

[3] - الزمخشري هو :محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الخوارزمي الزمخشري . جار الله أبو القاسم، من أئمة العلم بالدين والتفسير واللغة والأدب. من كتبه الكشاف وأساس البلاغة . كان معتزلي المذهب مجاهرا شديد الإنكار على المتصوفة . توفي سنة 538 ه. ينظر:الزركلي، الأعلام. (178/7).ابن خلكان: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان،ت: إحسان عباس.درط. دار صادر، بيروت، لبنان.د:ت.(168/5).

[4] - الزمخشري :أساس البلاغة ، راجعه إبراهيم تلاشي ، درط .دار الهدى، عين مليلة .د:ت .ص:(136) .

[5] - رواس قلعة جي، محمد قتيبي ، معجم لغة الفقهاء . ط:2 . دار النفائس بيروت .لبنان. ت: 1988م.ص: (182).

هناك جهود فقهية رائدة وإشارات لقدامى فقهائنا، تدلّ على قدر رفيع بكنه هذا المصطلح، وحقيقة هذه النظرية، غير أنّ طبيعة التداخل بين المعنى اللغوي لهذا المصطلح والمعنى الاصطلاحي، ربما أدّى إلى إضفاء نوع من عمومية الاستعمال في السياقات الفقهية، من غير تحديد دقيق ونهائي..

فالفقهاء القدامى- إذن- لم يضعوا تعريفا شاملا عاما، جامعا مانعا لهذا المصطلح، وكأنهم رأوه واضح المعنى فاستغنوا عن تعريفه،ولم يخرجوا في استعماله عن المعاني اللغوية المذكورة آنفا،ومن ثمّ غابت الحاجة إلى حدّ اصطلاحي له.ولكن ذلك لا يمنع القول بأنّهم حاولوا تعريفه، ويظهر ذلك من خلال ما أثر عن بعضهم من تعريف للحق وتقسيمه.

جاء في تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي[1]:" أن الحق ما استحقه الإنسان"[2].

وهذا التعريف ظاهر في أنهم يريدون بالحق ما استحقه الإنسان على وجه يقره الشارع ويحميه فيمكنه منه ويدفع عنه.

وانتقد هذا التعريف: بأنّه يكتنفه الغموض، لعموم لفظ ما،ولأن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق ، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق،فيلزم الدّور،وأهمّ من هذا الانتقاد: أنّ هذا التعريف لا يشمل حقوق الله تعالى، ولا حقوق الشخص المعنوي، مما يجعله تعريفا ليس جامعا[3].

أمّا الفقهاء المحدثون: فقد تعددت تعريفاتهم لمصطلح الحق، وظهر فيها التأثر بعدة مؤثرات، فبعضهم تأثر بالمعنى اللغوي لكلمة الحق،وبعض آخر تأثر بتعريفات القانونيين، وبعض ثالث كان تأثره ببعض التعريفات المأثورة عن الفقهاء والأصوليين قديما، وبعض أخير أراد الجمع بين عدّة اتجاهات في تعريف واحد:

---

[1] - الزيلعي:هو عثمان بن علي بن محجن , فخر الدين الزيلعي . فقيه حنفي. قدم القاهرة سنة 705ه فأفتى ودرس ،وتوفي فيها سنة 743ه. له تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . وبركة الكلام على أحاديث الأحكام . وشرح الجامع الكبير. ينظر: تاج التراجم: ابن قطلوبغا السودوني. ت: محمد رمضان يوسف . ط:1.دار القلم، سوريا.ت: 1413ه-1992م. ص: (204). الزركلي:الأعلام:(210/4).

[2] - الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ت: أحمد عزو عناية ط:1. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.ت:1420ه/ 2000م . (34/3).

[3] - ينظر: أحمد الخولي: نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ط:1. دار السلام للطباعة والنشر. القاهرة. مصر. ت: 1423ه/ 2003م.ص:(38).

(1): عرفه الأستاذ الشيخ علي الخفيف فقال:" الحق ما كان مصلحة لها اختصاص بصاحبها شرعا". وقال أيضا:" هو ما ثبت بإقرار الشرع وأضفى عليه حمايته"[1].

ففي الأول جعل الحق مصلحة تتميز بكونها مختصة بصاحبها . وهذا الاختصاص ثابت بإقرار الشرع دون غيره. وهو ما دل عليه المعنى الثاني بقوله: "ما ثبت بإقرار الشرع"، وكأنه هنا ركز على منشأ الحق وأساسه أكثر من التركيز على طبيعته, ليعلق الشيخ على كلامه السابق بعد فضل بيان فيقول: " وتعريف الحق بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الاستئثار التسلط على شيىء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر ، هو صلة بين طرفين تنطوي على مصلحة يحميها الشارع"[2].

وكلام الشيخ هذا:يظهر منه اعتبار الحق عنده مصلحة سواء أكانت تلك المصلحة مادية أم معنوية، وهي نظرة إلى الحق من حيث الغاية أو باعتبار ما يؤول إليه ، وهو اصطلاح سار عليه الأقدمون، فهذا شهاب الدين القرافي[3]يقول معرفا حق العبد:" وحق العبد مصالحه"[4] .

ولعل هذا جريا مهم على اعتبار الشيء بما يؤول إليه...

(2): عرفه الأستاذ الزرقاء فقال: " الحق اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا"[5].

فالاختصاص هو علاقة تشمل الحق الذي موضوعه مالي كاستحقاق الدين في الذمة، والذي موضوعه ممارسة سلطة شخصية. وهذه العلاقة لكي تكون حقا يجب أن تختص بشيء معين أو بفئة معينة... فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الاختصاص الذي هو قوامها وحقيقتها، وبذالك تخرج العلاقة التي لا اختصاص فيها وإنما هي من قبيل الإباحات العامة أو الرخص، كالتنقل في أجزاء الوطن , على أنه

---

[1] - علي الخفيف: الملكية في الشريعة الإسلامية،ص: (10).

[2] - علي الخفيف: المرجع السابق،ص: (10). الخولي: المرجع السابق، ص:(45).

[3] - القرافي: هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي . انتهت إليه رياسة الفقه على مذهب مالك . كان إماما بارعا في الفقه والأصول وله معرفة بالتفسير وسارت مصنفاته مسير الشمس منها : كتاب الذخيرة وكتاب القواعد وكتاب التنقيح . توفي سنة :684ه. ينظر: ابن فرحون: الديباج: ص:(128).مخلوف: شجرة النور الزكية،(270/1).

[4] - القرافي: شهاب الدين. الفروق. ط:1. دار الكتب العلمية. بيروت ،لبنان.ت: 1988م. (257/1).

[5] - مصطفى الزرقاء: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة.ط:1.دار القلم.دمشق، سوريا.1420/1999م.ص:(20).

يشترط إقرار الشرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف، لأن نظرة الشرع هي أساس الاعتبار؛فما اعتبره الشرع حقا كان حقا، وما لا فلا. وقوله" سلطة أو تكليفا" لأن الحق تارة يتضمن سلطة على شخص، أو سلطة على شيء معين ، وتارة تتضمن تكليفا أي عهدة على شخص[1].

فهذا التعريف أبان عن ذاتية الحق، على أنها علاقة اختصاصية، وهو كما يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية ،يشمل الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده. ويشمل أيضا الحقوق الأدبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده؛ وللرجل على زوجته،وكذا يتناول حقوق الولاية العامة في احترام النظام وقمع الإجرام . وبعد هذا كله فإن تعريف الحق بأنّه اختصاص أدق من تعريفه بأنه مصلحة ،لأن الحق في حقيقته علاقة بين طرفين ؛فحقيقة الحق ليست المصلحة ،وإنما هو العلاقة التي فيها مصلحة لأحد طرفيها[2].

(3): عرفه الأستاذ الدريني فقال: " الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء معين من آخر، تحقيقا لمصلحة معينة"[3] .

وهذا التعريف – كما يقول صاحبه - يتفق ومقتضيات نظرية التعسف القاضية بأحكامها على مختلف الحقوق؛ لأنه ميز بين الحق وغايته ، فالحق ليس هو المصلحة بل هو الوسيلة لها ،وبين مدى استعمال الحق بما ألقى عليه من قيد تحقيقا للمصلحة، مستبعدا للمصلحة من تعريف الحق كما استبعد الإرادة؛لأن الأولى غاية الحق والثانية شرط لمباشرته واستعماله . وبين جوهر الحق على أنه علاقة شرعية اختصاصية..وأخيرا، لم يجعل الحماية الشرعية للحق عنصرا فيه ؛بل الحماية من مستلزمات وجود الحق، وكذلك الدعوى ليست من مقومات الحق،بل وسيلة تلك الحماية ، فهي صفة بعدية تالية في وجودها على وجود الحق[4].

---

[1] - ينظر: الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة: ص:(21).

[2] - أحمد فراح حسين - عبد الودود السبرتي :النظريات العامة في الفقه الاسلامي وتاريخه. ص:(16).

[3] - الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده :ص:(193).

[4]- ينظر: الدريني، المرجع نفسه:ص:(197/196).

وبعد هذا العرض المختصر لأشهر التعاريف المحدثة لفكرة الحق: يمكن أن نخلص من جميعها على أنها اتفقت على اعتبار الحق في الشريعة الإسلامية مقيد وغائي، يستهدف تحقيق مصلحة قصدها الشارع . وهذه المصلحة التي شرع لتحقيقها ولو كانت مشروعة في ذاتها ، يجب ألا تتنافى وتعاليم الشريعة ومبادئها العامة ومقاصدها الأساسية في التشريع بوجه عام . وهذا هو لباب نظرية التعسف.

(3):**العلاقة بين الحقيقتين:**

إذا كان الحق لغة يطلق على كل ما هو ثابت مؤكّد، فإنه في الاصطلاح يطلق على كل ما ثبت بإقرار الشرع وحمايته خاصة، فبين الحقيقتين عموم وخصوص مطلق.

ثانيا: مفهوم الحق عند فقهاء القانون:

اختلفت آراء فقهاء القانون اختلافا كبيرا في تعريف الحق، حتى ظهرت بينهم مذاهب متعددة في هذا الشأن، والحقّ:أنّ هذا المصطلح قد أثار جدلا كبيرا في الفكر القانوني، قامت من أجله مذاهب عدّة لتحديد جوهره وبلورة عناصره..من أجل ذلك، وجب الوقوف مع هذا المصطلح ورصد محاولات تعريفه، وتحديد مفهومه، للوقوف على ماهيته..

أولا:المذهب الشخصي:

من الفقهاء من عرف الحق: "بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون للشخص"[1]، وقد عُرف هذا المذهب بالمذهب الشخصي، على اعتبار أن تعريف الحقّ ينظر فيه إلى شخص صاحبه، فيكون العنصر الجوهري فيه ما لدى هذا الشخص من قدرة إرادية يعترف بها القانون للقيام بأعمال معينة في نطاق معلوم .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه يخلط بين ما يجب توافره لثبوت الحق،وما يلزم غالبا لمباشرته ،فمن المعلوم أن لعديمي الإرادة حقوقا كالصبي غير المميز و المجنون، إذ أن كلاهما فاقد الإرادة، ومع ذلك فإن لكل منهما حقوقا يعترف بها القانون[2].

ثانيا: المذهب الموضوعي:

---

[1]- ينظر: عبد الكريم زيدان ، نظرات في الشريعة الإسلامية،ط: 1. بيروت، لبنان.ت:1424ه /2000م ص:(292). عبد المنعم فرح الصدة :أصول القانون، ص:(312).

[2] -عبد المنعم فرح الصدة: المرجع السابق ،ص:(312).

وهذا المذهب عرّف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون[1] ،وقد عُرف هذا المذهب بالموضوعي، على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى موضوعه، فيكون جوهر الحق إذاً هو المصلحة التي يحميها القانون .و صاحب هذا المذهب هو الفقيه الألماني إهرنج(ihering.)

ويؤخذ على هذا المذهب: أن المنفعة أو المصلحة التي يراد تحقيقها من وراء تقرير الحق ليست هي جوهر الحق، و إنما هي الغاية أو الهدف المرجو منه أي المقصود،ولا يُكتفى في تعريف الحق أن يقتصر بيان المقصود منه ؛بل يجب أن يشتمل على تحديد لجوهره[2].

ثالثا:المذهب المختلط:وبين هذين المذهبين :حاول البعض أن يتوسط بينهما للجمع بين فكرة الإرادة وفكرة المصلحة ،مغلبا فكرة المصلحة تارة، أو مبرزا فكرة الإرادة تارة أخرى :فقال فريق منهم :إن الحق هو المصلحة التي تحميها قوة إرادية لشخص معين ،فغلّب عنصر المصلحة ,و قال فريق آخر: إنه قوة إرادية يحميها القانون ،و موضوعها مال أو مصلحة معينة[3].وغاية ما في هذا التعريف أنه جمع بين المذهبين السابقين فجعل جوهر الحق القدرة الإرادية و المصلحة معا، و يعيب على هذا أنه لا يتضمن تحديدا لجوهر الحق شأنه في ذلك شأن المذهبين السابقين .

رابعا: المذهب الحديث:

ويعرف بمذهب الاستئثار أو الاختصاص، وينسب هذا المذهب إلى القانوني البلجيكي " جان دابان"، ويُعرّف أصحابه الحق: بأنه اختصاص بقدرة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون[4].

وانطلاقا من هذا المذهب ، حاول الأستاذ الصّدة وضع تعريف للحقّ يجمع فيه بين المذاهب السابقة ،مع التركيز على إبراز جوهر الحق فقال:"الحق ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ،فيكون لهذا

---

[1]-عبد الكريم زيدان :المرجع السابق ،ص:(293).

[2]- عبد المنعم فرح الصدة :المرجع السابق، ص:(313).

[3] - ينظر:شمس الدين الوكيل، محاضرات في النظرية العامة للحق .درط. مطبعة نهضة. د:ت ص:(11).

[4] - ينظر: الخولي، نظرية الحق، ص: (27).

الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون ،بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية"[1].

والأستاذ من خلال تعريفه هذا لم يقتصر على بيان جوهر الحق، بل زاد على ذلك فبين ما يعتبر من مقتضياته ،وكذا الغاية من تقريره ،مبينا أن جوهر الحق و العنصر الأساسي الذي يقوم عليه يتجلى في هذا الثبوت للقيمة المعينة بشتى أشكالها، سواء أكانت مالية أم أدبية أم معنوية , على أن هذا الثبوت_و هو جوهر الحق _لا يكون إلا بناء على اعتراف من القانون، على أساس أن القانون مصدر لكل الحقوق.

ونتيجة لهذا يتمتع الشخص الذي ثبتت له هذه القيمة بمقتضى القانون بسلطات تمكنه من الحصول على المزايا التي ترجى من هذه القيمة ، و هذه السلطات بدورها يكفلها القانون لصاحب الحق .. كل هذا التقرير الغاية منه تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية، على أساس أن للقانون وظيفته صون الحريات وتحقيق المصالح ،على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع، و يضمن له التقدم و الارتقاء .

وفي الأخير: فإن هناك شبه اتفاق بين علماء السياسة وفقهاء القانون الدستوري، أن نظام الحقوق والحريات يجب أن يحدد وينظم مواثيق أكثر عمومية، وأسمى وأعلى قيمة وقوة قانونية من النظام القانوني العادي للدولة و في قمته الدستور،و ذلك لإبراز وتأكيد عظمة وقدسية القيمة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والقانونية لحقوق وحريات الإنسان والمواطن في المجتمع و الدولة[2].

الفرع الثالث: الفرق بين الحق والإباحة

الحقيقة أن لكل من الحق والإباحة مفهوما متميزا ، وإن جرى بعض الأصوليين والفقهاء على إطلاق مسمى الحق على ما هو أعم من الحق والإباحة ..هذا ورجال الفقه في القانون يطلقون المباحات ويريدون بها الرخص أو الحريات العامة ، كما أن رجال الفقه الإسلامي يطلقون عليها أحيانا اسم الحقوق ويريدون المعنى العام لها[3]. ولإدراك حقيقة

---

[1] - عبد المنعم فرح الصدة :أصول القانون، ص:(315).

[2] - عمار عوابدي: مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية .د:ط.دار هومه، بوزريعة ،الجزائر.د:ت.ص:(544).

[3] - لا يقصد بالرخص هنا المعنى الذي اصطلح عليه الأصوليون : من أنها الحكم الذي ثبت على خلاف دليل شرعي لوجود دليل شرعي آخر معتبر يقتضي العمل بخلاف مقتضى الدليل الأول. فهذا المعنى ليس هو المراد هنا , وإنما يريد بها الحريات العامة التي أطلقوا عليها مسمى الحقوق بحيث

الفرق بين هذين المصطلحين، لابد أولا من تحديد حقيقة الإباحة، حتى يتسنى بعد ذلك التمييز بينهما؛إذ الحكم عن الشيء وتحديد النسبة بينه وبين غيره، فرع عن تصوره.

أولا: حقيقة الإباحة لغة:

الإباحة لغة: من أباح السرّ فباح به بوحا، إذا أبثه وأظهره فلم يكتمه ،وأباح الشيء : أطلقه[1] .

ثانيا: الحقيقة الاصطلاحية:

أما اصطلاحا: فقد اختلفت أنظار أهل الأصول في تعريفها تبعا لاختلافهم في تحديد جوهرها:

- فهذا الغزالي[2] يطلق عليها لفظ الجواز فيقول:"الجواز هو التخيير بين الفعل والترك كتسوية الشرع"[3].

- ويقول الرازي[4]:المباح: هو الذي أعلم فاعله أو دل على أنه لا ضرر في فعله وتركه ولا نفع في الآخرة ، فهو إذن الفعل الذي خيّر الشارع فيه المكلف بين فعله وتركه ،كالسعي في الأرض وطلب الرزق"[5].

- وذكر الآمدي[6] مذاهب العلماء في المباح واختلافهم في تعريفه فقال:" قال قوم : هو ما خير المرء فيه بين فعله وتركه شرعا. وقال

تعتبر بمجموعها الحقوق الأساسية اللازمة لتطور الفرد. وقد لازم مدلول الحقوق الفردية قديما مدلول الحريات العامة ، وكل حرية ظهرت عبر التاريخ تمثلت مبدئيا بشكل الحق الذاتي.

ينظر هنا: حسن ملحم: محاضرات في نظرية الحريات العامة.ط:2. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 1980.ص:(05).

[1] - ابن منظور: لسان العرب.مادة:بوح. (270/1).

[2] - الغزالي : أبو حامد محمد بن أحمد الغزالي الملقب بحجة الإسلام الفقيه الشافعي. لم يكن للطائفة الشافعية في آخر عصره مثله . كانت ولادته سنة: 450ه.لبه نحو مائتي مصنف منها: إحياء علوم الدين. تهافت الفلاسفة . المستصفى من علم الأصول. توفي سنة: 505ه. ينظر: ابن خلكان: وفيات الأعيان: (217/4).الزركلي: الأعلام: (82/7).

[3] - الغزالي: أبو حامد: المستصفى من علم الأصول. ط:2.دار إحياء التراث العربي. بيروت، لبنان.ت: 1414ه/1993م.(75/1).

[4] - الرازي: هو محمد بن عمر التيمي البكري. فخر الدين. الإمام المفسر . أحد الائمة والفقهاء الشافعية المشاهير . رحل إلى خراسان وما وراء النهر , وتوفي في هر اة سنة: 606ه. من كتبه : المحصول من علم الأصول. التفسير الكبير أو تفسير الفخر الرازي. ينظر: ابن كثير: البداية والنهاية ،ط:2.مكتبة المعارف، بيروت.ت:1411ه/1990م.(54/13). الزركلي :الأعلام: (313/6).

[5] - الرازي: المحصول من علم الأصول.ت:عادل عبد الموجود،علي عوض. ط:2.المكتبة العصرية. بيروت لبنان.(28/1).

[6] - الآمدي: هو سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد الآمدي. أصولي باحث. أصله من آمد . ولد بها وتعلم في بغداد والشام. وانتقل الى القاهرة فدرس بها واشتهر . ثم خرج إلى دمشق وتوفي بها سنة: 631ه. من أشهر كتبه: الإحكام في أصول الأحكام في أصول الفقه.ينظر: ابن خلكان:وفيات الأعيان، (293/3).الزركلي: الأعلام، (332/4).

قوم :هو ما استوى جانباه في عدم الثواب والعقاب. ومنهم من قال :هو ما أعلم فاعله أو دل على أنه لا ضرر عليه في فعله ولا تركه ولا نفع له في الآخرة.. والأقرب في ذلك أن يُقال: هو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتمييز فيه بين الفعل والترك من غير بدل"[1].

هذا والاختلاف الذي وقع بين الأصوليين في تعريف الإباحة ،يرجع في جملته إلى اعتبار الحد والرسم، فمن اعتبر الحد الذي هو الحقيقة والماهية، سلك مسلك التخيير أو التسوية – وعليه الغزالي والآمدي- ،ومن اعتبر الرسم الذي هو التعريف بالخاصة سلك مسلك التعريف بنفي المدح والذم على كل من الفعل والترك ،أو عدم الثواب والعقاب - وعليه الرازي-[2].

وعلى كل: فحاصل هذه التعاريف ، أن المباح من حيث هو مباح لا يكون مطلوبا فعله ولا اجتنابه ، ولكن قد يتغير حكمه بمراعاة غيره:" فيصير واجبا إذا كان في تركه هلاك ، ويصير محرما إذا كان في فعله ترك فريضة أو حصول مفسدة كالبيع وقت النداء , ويصير مكروها إذا اقترنت به نية مكروه . ويصير مندوبا إذا قصد به العون على الطاعة"[3].

هذه هي حقيقة المباح من حيث هو مباح قد جلت ،فما الفرق بينه وبين الحق؟

ثالثا: الفرق بينهما:

كما سبق ذكره: فإن بعض الأصوليين والفقهاء قد شاع بينهم إطلاق مسمى الحق على ما هو أعم من الرخصة أو الإباحة . فهذا صاحب الدرر[4] –مثلا- يسوي بين الحق في التملك – وهو رخصة أو إباحة- ،وحق الملكية في إطلاق اسم الحق عليهما، فيقول: الحق غير منحصر

---

[1] - الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام: ت: سيد الجميلي.ط:2. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان. ت:1406ه. 1986م. (168/1).

[2] -ينظر: محمد سلام مدكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين. ط:2. دار النهضة العربية. بيروت.ت: 1984م. ص:(44).

[3] - الزركشي: بدر الدين، البحر المحيط.ت: محمد تامر.ط:1. دار الكتب العلمية بيروت،لبنان.ت:2000م. (221/1).

[4] - صاحب الدّرر: هو علي حيدر باشا ابن جابر الحسني، من أشراف مكة، ولد وتعلم بالأستانة، وتقدم عند العثمانيين فجعلوه وزيرا للأوقاف، ثم وكيلا أولا لرياسة مجلس الأعيان، توفي سنة: 1353ه. ينظر: الزركلي: الأعلام. (284/4).

في الملك , بل حق التملك أيضا حق. وحق التملك للمشتري لا يعارض حق الملك للبائع لكونه أقوى منه"[1].

ولكن رغم هذا الإطلاق. إلا أن هناك فرقا واضحا بين الحق والإباحة ، من حيث إن الحق يعطي لصاحبه موقعا ممتازا؛ لأنه يستأثر بمضمون الحق دون سائر الناس؛بينما المباحات- الحريات العامة- لا تفاوت فيها بين مراكز الأشخاص ،ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستئثار أو الإنفراد، بل يتمتع الكافة بالحريات.. هذا وجه.

ووجه ثان: هو أن الحق ينشأ ويقوم على سبب معين بذاته، أما الحريات أو المباحات فسببها الإذن العام من المشرع الحكيم"[2].

فالإباحة إذن طريق للحق، وليست هي الحق ، لذلك نجد الإمام القرافي يقابل بوضوح بين الحق والإباحة، ويستشنع على من جعل الرخص والحريات العامة محلا للنظر في كونها حقوقا، لأن ذلك كما قال: " لا يتخيله من عنده أدنى مسكة من العقل والفقه"[3].

فالإنسان-كما يقول-: يملك أن يملك أربعين شاة، فهل يتخيل أحد أن يُعدّ مالكا الآن قبل شرائها حتى تجب عليه الزكاة على أحد القولين؟؟ وإذا كان قادرا على أن يتزوج، فهل يجري في وجوب الصدقة و النفقة عليه قولان ،قبل أن يخطب المرأة لأنه ملك أن يملك عصمتها؟[4].

وهو بهذا يبين أن حقيقة الإباحة لا تلتبس بالحق ،و هي من الوضوح بحيث لا تحتمل النظر و الخلاف، فالمباح وهو كل ما بثه الله في الأرض للانتفاع به، يشترك المباح لهم في الانتفاع به، كالكلإ قبل إحرازه، حتى إذا ما أُحرز صار ملكا لمن أحرزه و ثبت لصاحبه حق الملكية، فالمباح له لا يمتلك المباح بمجرد الإذن ،بل ينتفع بالمباح على سبيل الشّركة العامة، و على هذا فحق الملكية أقوى من حق التملك ؛لأن حق الملكية يمنح صاحبه ميزة قبل الكافة وليس كذلك حق التملك[5].

---

[1] -ينظر: علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام.درط. د:ت. دار الكتب العلمية . بيروت، لبنان. (122/2).

[2] - أحمد فراج، عبد الودود السبرتي، النظريات العامة في الفقه الاسلامي وتاريخه،ص: (18).

[3]- القرافي: الفروق، (38/3-39).

[4]- المصدر نفسه: (39/3).

[5] -الدريني : الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ،ص:(201).

والخلاصة في هذا أن الإباحة _أي الحرية العامة _ترادف الترخيص أو الرخصة أو إباحة التصرف، فالحريات العامة رخص لأفراد المجتمع كله، و يتكفل الدستور عادة بحماية الحريات العامة كرخص مباحة لجميع الأفراد كحرية التنقل وحرية الرأي وحرية التملك، وغيرها كثير من الحريات العامة يتمتع بها جميع الأفراد على قدم المساواة، في حدود النظام القانوني للدولة[1].

المطلب الثالث : مفهوم التعسف

إن الفقهاء قديما لم يرد على ألسنتهم كلمة التعسف بالمعنى و اللفظ المصطلح عليه في هذا العصر، بل كانوا يطلقون كلمة التعدي غالبا و يريدون بها معنى يرادف معنى التعسف وإن في بعض الجزئيات، و لكن هذا الإطلاق ينبغي ألا يضللنا عن حقيقة هذا المصطلح، إذ ليست العبرة بمسمّى اللفظ بل العبرة بالحقيقة والطبيعة...

ومن هنا :لابد أولا من بيان حقيقة هذا المصطلح ثم حقيقة التعدي، ليتأتى بعد ذلك تحرير الفرق بينهما، و في الأخير لمحة حول تطور هذه النظرية عبر التاريخ، و ذلك على النحو التالي :

الفرع الأول:حقيقة التعسف

أولا: حقيقته لغة:

والتعسف لغة: قال ابن فارس[2]: العين والسين والفاء كلمات تتقارب ليست تدل على خير؛إنما هي كالحيرة و قلة البصيرة[3].و عَسَف فلانٌ فلاناً عسفاً ظلمه.والعسف في الأصل :أن يأخذ المسافر على غير طريق و لا جادة ولا علم فنُقل إلى الظلم والجور. وتعسّفَ فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم يُنصفه[4].

---

[1]- ينظر: إسحاق إبراهيم منصور :نظريتا القانون و الحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري. ط:2 .ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .ت:1992م. ص:(207/206).

[2]- ابن فارس هو:أبو الحسين أحمد بن زكريا القزويني. من أئمة اللغة والأدب . أصله من قزوين . انتقل إلى همدان ثم إلى الريّ حيث توفي بها سنة : 390ه. من تصانيفه: مقاييس اللغة ،والصاحبي في علم العربية . ينظر:- الوزير أبو الحسن القفطي: إنباء الرواة عن أخبار النحاة.ت:محمد أبو الفضل.ط:1.المكتبة العصرية،بيروت،لبنان. .ت:1424ه/ 2004م.(127/1).- الزركلي: الأعلام: (198/1).

[3]- ابن فارس : معجم مقاييس اللغة.ت: عبد السلام هارون .درط.دار الجيل.بيروت، لبنان. :مادة عسف.(311/4).

[4]- ابن منظور : لسان العرب . مادة عسف. (335/4).

فالتعسف في الفعل لغة : يطلق على الميل و الظلم فيما يتبنى عن صدوره من غير رويّة و لا تدبر و لا نظر لعاقبته، فيصدر على غير هدى ،مع ضرب من العنف والقوة، والشأن في الفعل يصدر على هذا الوضع أن يسبب ضررا .

ثانيا: حقيقته اصطلاحا:

أما اصطلاحا: فقد ذهب بعض المحدثين من الفقهاء المعاصرين إلى أن التعسف من باب التعدي بطريق التسبب ،يقول الأستاذ الشيخ أبو زهرة : "و أنه بسبب منع التعسف في استعمال الحق و منع التعدي على الآحاد قرّر الفقهاء في هذه الحال : أن الفعل يتوارد عليه أمران , أحدهما الإذن و هو ما يقوم على أصل ثبوت الحق.."[1].

وهو بهذا فضيلته يصف التعدي تارة بأنه تعسف ،و تارة بأنه تجاوز ،و أحيانا يصنّف الفعل غير المشروع أصلا بأنه تعسف ،حيث يقول : "و من تعدى بالقيام بعمل ليس له ،فإنه يكون متعسفا في استعمال الحق"[2].

وكلام الشيخ هذا فيه نظر : لأن التعسف ما لا خروج فيه عن الحدود المرسومة للحق ."و لكن اتسمت مباشرة الفاعل فيه بضرب من المخالفة و عدم الحذر، تسبّب عنه ضرر الغير ،وهي حالة تقديرية تختلف باختلاف الأنظار"[3].

-وعرّف الأستاذ الشيخ أبو سنة التعسف فقال : التعسف هو تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا[4].و يبدو واضحا أنه جعل مناط التعسف هو التصرف غير المعتاد.

ويتجه على هذا التقرير: أن التعسف ليس مرتبطا بغير المعتاد من التصرف ،وإنما يرتبط أساسا بغاية الحق ونتيجة استعماله، ومما يدل على هذا أن التصرف قد يكون معتادا ولكن مع ذلك تكون نتيجته غير مشروعة، فيكون حينئذ تعسفا بالنظر إلى هذه النتيجة ، فالقيد الأول وهو تصرف الإنسان في حقه مسلم به، أمّا القيد الثاني وهو التصرف

---

[1] -الشيخ أبو زهرة :أسبوع الفقه الإسلامي،ص: (42)، نقلا عن: الدريني : نظريةالتعسف في استعمال الحق ص:(69).

[2] -أسبوع الفقه الإسلامي . ص:(86) . نقلا عن الدريني : نظرية التعسف،ص:(69).

[3] -ينظر:علي الخفيف :الضمان في الفقه الإسلامي .درط. دار الفكر العربي ،القاهرة،مصر.ت :2000م.ص:(71).

[4] -الدريني، نظرية التعسف ،ص:(84).

غير المعتاد فهو ما لا يسلم به ،لأنه يضيق من نطاق نظرية التعسف، بدليل أن التصرف المعتاد قد يكون ممنوعا بالنظر لمآله في بعض الحالات لا لذاته[1].

- أما الأستاذ الدر يني فقال في تعريفه:" هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل"[2].

ولعل هذا التعريف أحسنهم. وبيان وجه الحسن فيه من وجوه:

أولا:أنّه بين جوهر التعسف" وهو مناقضة قصد الشارع"،ومعنى المناقضة أي المضادة لقصد الشارع" سواء أكانت هذه المضادة مقصودة -بأن ستعمل الحق لمجرد قصد الأضرار-،أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرّم الله أو إسقاط ما أوجبه الله عليه تحايلا على أحكام الشريعة وقواعدها.

ثانيا: أنه حدّد نطاق التعسف فجعله محصورا في التصرفات التي أذن فيها شرعا، وهذه التصرفات تشمل التصرفات القولية ،كالعقود والفعلية كاستعمال حق الملكية في العقارات،وكذا استعمال الرخص والاباحات، كتلقي السلع وإحياء الموات ،على أن تكون هذه التصرفات مأذون فيها شرعا، وإلا كان إتيانها اعتداء لا تعسفا[3] . وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف.

كانت هذه حقيقة التعسف عند بعض المحدثين،ولعل الملحظ الأساسي الذي اجتمعت فيه هذه التعاريف هو الاشتباه الحاصل بينه وبين التعدي، ولإزالة هذا الالتباس. نبيّن حقيقة التعدي عند الفقهاء ثم الفاصل بين هذين المصطلحيين :

الفرع الثاني: حقيقة التعدي

لإدراك حقيقة التعدي نبين أولا حقيقتها لغة ثم اصطلاحا،ثم تحديد النسبة بينهما،حتى يتجلى بعد تحديد الفرق بينه وبين التعسف.

---

[1] - الدر يني:نظرية التعسف، ص:(84).

[2] - نفس المرجع ،ص: (86).

[3] - نفس المرجع، ص: (89).

أولا: حقيقته لغة:

والتعدي لغة: تجاوز الحد ،والعَدآء بالفتح والمد : تجاوز الحد في الظلم، والتعدي مجاوزة الشيء إلى غيره يقال عدّاه تعديةً فتعدّى : أي تجاوز، ومنه العُدوان :وهو الظلم الصّراح[1].

ثانيا: حقيقته اصطلاحا:

أما اصطلاحا: فيراد به عند الفقهاء معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق ،أي التصرف بغير حق[2].

وضابطه كما قال الأستاذ وهبة الزحيلي: أنه انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي.. فمعيار التعدي عند الشرعيين في الغالب هو مادي موضوعي لا ذاتي، فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية كلما حدثت، بقطع النظر عن الأهلية في الشخص المعتدي وقصده[3].

والتعدي إما أن يكون مباشرا؛أو يكون عن طريق التسبب، فإذا كان الضرر قد نشأ عن طريق التسبب[4]، فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، وهو الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن متعديا فيه اتفاقا .. وأمّا إذا كان محدث الفعل متعديا فيه، بأن لم يكن له حق فعله ، فإنه يضمن إذا لم يكن الفاصل بينه وبين الضرر مانعا من نسبة ذالك الضرر إليه ولا يضمن إذا منع من نسبتة إليه[5] .

وجملة القول في التعدي: أن المباشر ضامن وإن لم يتعد بفعله ،والمتسّبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا بفعله. وذلك محل اتفاق بين المذاهب. ومبنى هذه التفرقة: أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل للضرر دون نظر إلى فاعله وقصده،أما عند التسبب فلا يكون لسببية الفعل هذا الظهور لوجود فعل آخر مفض إلى الضرر فاصل بينه وبين الضرر، مع تراخ للضرر الناشئ عن الفعل المسبّب[6] .

---

[1] - الرازي: مختار الصّحّاح. ص:(186).

[2] - رواس قلعجي, حامد صادق قنيبي. معجم لغة الفقهاء. ص: (135).

[3] - وهبة الزحيلي: نظرية الضمان في الفقه الاسلامي. درط.دار الفكر. دمشق، سوريا.ت: 1402ه/ 1982م.ص:(18).

[4] - التسبّب: طلب الأسباب. ومعناه أن يكون الشخص ونحوه سببا في حصول أمر . والسبب: ما يتوصل به إلى المقصود من غير تأثير فيه. ينظر: قلعةجي ، قنيبي :معجم لغة الفقهاء. ص: (129).

[5] - علي الخفيف: الضمان في الفقه الاسلامي، ص: (59).

[6] - ينظر: علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي. ص: (65).

فحاصل التعدّي إذن: أنه خروج بالحق عن حدوده المرسومة له شرعا. ومن هنا يوصف الفعل فيه بأنه اعتداء لكونه خروجا عن الحق وتجاوزا له واعتداء.

ثالثا:النسبة بين الحقيقتين:

التعدّي لغة أعمّ مطلقا من التعدي في اصطلاح الشرع ، لأن هذا الأخير يختص بمجاوزة الحدود المرسومة للحق، أما الأول فيعم أيّ تجاوز كان، دون أن يختص بالحقّ.

الفرع الثالث: الفرق بين التعدي والتعسف

والحقّ: أن الفقهاء لم يرد على ألسنتهم كلمة التعسف ، بل كانوا يطلقون كلمة التعدي ،ولكن هذا الإطلاق ينبغي ألاّ يضللنا عن حقيقة التعسف ،إذ ليست العبرة بمسمّى اللفظ ،بل العبرة بالحقيقة والطبيعة ،وهي التي تشير إليها تعليلات الفقهاء..فمن ذلك تعليلهم حكم الضّمان على مالك الحائط الذي مال إلى الطريق وسقط على أحد المارة بعد الإشهاد، فإنّ حكم القياس ألا يضمن حتى بعد الإشهاد لأنّ الحائط كان مستقيما في ملكه ، فلم يشغل هواء الطريق ببنائه حتى يعتبر مجاوزا حدود ملكه ؛ولكنّه مع ذالك اعتبر بالامتناع عن هدمه بعد الإشهاد متعديا استحسانا[1]دفعا للضرر العام ،ولأن المصلحة العامة مقدّمة..

يقول الدريني معلقا:"وهذا التعليل منهم صريح في أن معيار التعدي بالتسبب لم ينطبق على هذه الحالة . وإلا لما استحسنوا،أو بعبارة أخرى لما استثنوا هذا الحكم من القاعدة العامة في التعدي تسببا. فالاستثناء إذن مبني على أساس ومستنده هو التعسف بعينه"[2] .

وصاحب بداية المجتهد[3]: يشير إلى هذا في بحثه" الضمان عند الفقهاء"، ويقابل بوضوح بين الضمان القائم على التعدّي ،والضمان

---

[1] - ينظر: المرغيناني: الهداية في شرح البداية.ت:طلال يوسف.ط:1. دار إحياء التراث العربي. بيروت .لبنان. ت:1416ه.1995. (477/4).

[2] - الدريني: نظرية التعسف. ص:(74).

[3] - هو ابن رشد: محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، قاضي الجماعة بقرطبة،درس الفقه والأصول و علم الكلام، ولم ينشأ بالأندلس مثله كمالا وعلما وفضلا، له تآليف جليلة منها: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، وكتاب الكليات في الطبّ، ومختصر المستصفى في الأصول.. توفي سنة: 595ه. ينظر: ابن فرحون: الديباج، ص: 379/378. مخلوف: شجرة النور الزكية، (190/1).

الذي أساسه المصلحة فيقول: :"والضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال"[1].

ويمثل ابن قدامة المقدسي[2] يمثل للحالتين ، فيسمي التعدّي باسمه،ولكنه لم يسم التعسف بهذا الاسم فيقول:" إن من بنى حائطا مائلا عن الطريق أو إلى ملك غيره فسقط على شيء أتلفه ضمنه، لأنه تلف بسبب تعدّ فيه, وإن بناه مستويا فمال إلى الطريق أو إلى ملك غيره، فأمره المالك بنقضه أو أمره مسلم أو ذمي بنقض المائل إلى الطريق، وأمكنه ذالك ولم يفعل، ضمن ما تلف به في أحد الوجهين, لأن ذلك يضر المالك والمارّة ، فكان لهم المطالبة بإزالته، فإن لم يزله ضمن كما لو بناه مائلا . والثاني: لا يضمن، لأنه وضعه وسقط بغير فعله فأشبه الجرة التي ألقتها الريح"[3].

بعد هذا البيان يقال:

صحيح أنّ كلا من مجاوزة الحقّ- التعدّي- والتعسّف في استعماله أمر محظور شرعا، ولكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي اختلاف حقيقة كل منهما، وعلى هذا:

فإنّ من أول العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق، أو القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي أي بدون حق . فالمعتدي إنما يعمل في دائرة عدم المشروعية .أمّا التعسّف فإنه مجال العمل المشروع في ذاته ، والتعيب فيه مأتاه إما من القصد المناقض لقصد الشارع، أو النتيجة الضررية المترتبة على استعمال الحق ،بدليل أن المتعسّف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بقصد الإضرار أولم يلزم عنه نتيجة هي مفسدة راجحة، لزال عنه وصف التعسّف، وغدا فعله سليما مشروعا لا غبار

---

[1] - ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط:1. دار احياء التراث العربي. بيروت.ت: 1416ه/ 1996م. (312/2).

[2] - هو موفّق الدين ،عبد الله بن أحمد بن محمّد المقدسي، أبو محمد،فقيه من أكابر الحنابلة ، ولد فقي جماعيل من قرى نابلس في فلسطين، وتعلّم في دمشق، له تصانيف منها: المغني شرح به مختصر الخرقي في الفقه، وروضة الناظر في أصول الفقه، والمقنع والكافي وغيرهما، توفي في دمشق سنة: 220ه. ينظر: إبراهيم ضويان: رفع النقاب عن تراجم الأصحاب، ت: محي الدين العمروي. ط:1.دار الفكر بيروت، لبنان. ت: 1418ه/1997م. ص:(235). ابن كثير: البداية والنهاية:(99/13). الزركلي: الأعلام. (67/4).

[3] - ابن قدامةالمقدسي: الكافي.ص:(63).نقلا عن رواس قلعة جي:نظرية التعسف في استعمال الحق.ص:(183).

عليه،فالتعسّف فرع وجود الحقّ، أمّا التعدّي فالفعل غير مشروع في ذاته، لعدم استناده إلى حقّ[1] .

فالتعسف – في حقيقة الأمر- لم يتحول فيه الحق عن وضعه باعتباره حقا. وإنما الأمر فيه يتعلق بطريقة مباشرته، وذلك أمر عارض حين الانتفاع به لا ذاتي فيه. ولذا يختلف النظر فيه باختلاف الظروف والملابسات، على مُباشِره مراعاتها في طريقة انتفاعه،وهي ظروف تختلف باختلاف الأحوال والأزمان والمنتفعين[2].

كذلك لا يمنع أحد من استعمال الحق إلا إذا قصد الإضرار بغيره، أو قصد تحقيق مصالح غير مشروعة..،أمّا المتعدّي فإنّه يمنع ولو قصد إحداث نفع، على أن استعمال الحقّ يصبح غير مشروع إذا ترتّب عليه ضرر فاحش بالغير ولو كان دون قصد،أمّا المُجاوز لحدود الحقّ، فإنّه يمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره.

وأخيرا: فإنه يُفهم من كلمة التعدّي : أنه عمل غير مباح ولا مأذون فيه شرعا . "وعلى هذا استوجب فيه الضمان إن كان مباشرا، وإن لم يتعدّ، أو متسببا إذا كان متعديا"[3] .أما التعسّف فإنه لما كان الفعل فيه ناتجا عن استعمال وممارسة للحق دون خروج عن حدوده . فإنّه لا يكون مستوجبا للضمان عملا بقاعدة:" الجواز الشرعي ينافي الضمان"[4]. وهذه فوارق حاسمة بين طبيعة كلّ من التعدّي والتعسّف .والله أعلم.

الفرع الرابع: ظهور النظرية وتطورها

إن الإنسان الذي يعيش منسجما في الجماعة نتيجة مقتضيات الحياة الاقتصادية والاجتماعية، عليه أن يراعي ما يفرضه عليه التضامن الاجتماعي من واجب نحو المجموع إبان استمتاعه بحقوقه؛ فلا تضار هذه الجماعة باستعمال الفرد لحقه الشخصي، فللخطأ كما يكون بالتعدي على الحق ،يكون أيضا بالتعسّف في استعماله . وعلى هذا الأساس قامت نظرية التعسف في استعمال الحق..

وهذه النظرية –بهذا المعنى – ليست نظرية حديثة؛ بل هي فكرة قديمة ظهرت بوادرها في القانون الروماني وانتقلت منه إلى القانون

---

[1] - ينظر: الدريني: نظرية التعسف ، ص: (70).
[2] - علي الخفيف: الضمان في الفقه الاسلامي، ص: (72).
[3] - علي الخفيف:الضمان في الفقه الإسلامي . ص:(59).
[4] - ينظر: وهبة الزحيلي: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي. ص:(20).

الفرنسي القديم ثم الحالي . ومنه امتدت إلى القوانين الحديثة . وفي الفقه الإسلامي ظهرت على نطاق واسع كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق ،وقد صاغها الفقهاء المسلمون صياغة تضارع ما وصلت إليه القوانين الحديثة . حتى إن الإرادة التشريعية المصرية استرشدت بقواعدها التي استقرت في هذا الفقه, وسارت أغلب التقنينات العربية الأخرى على نفس النهج[1].

فالرومان لم يعرفوا التعسف في استعمال الحق على النحو الذي هو عليه الآن في القانون الحديث، لكنهم لم يعدموا الوسائل لمحاربة استعمال الحق في حالات معينة، حيث لجأ القانون إلى محاربة التعسف من خلال فكرة حسن النية، فمن استعمل حقه استعمالا يسبب ضررا للغير، وكان في ذلك حسن النية ودون أن يقصد الإضرار بالغير، لا يكون مسؤولا عما يترتب عن ذلك من ضرر. كما لجأ القانون الروماني للحد من التعسف استعمال الحق إلى تحليف الخصوم حين يلجئون إلى القضاء لفض منازعاتهم .كل هذا إدراكا منهم أن إطلاق استعمال الحقوق،قد يمس الأخلاق من جهة ،ويشوّه فكرة العدالة من جهة أخرى. فعمدوا إلى تقييد الحقوق بما يحافظ على الأخلاق ويحقق العدالة[2].

ولكن مع هذا لم تصل هذه الفكرة إلى نظرية عامة. وهذا أمر طبيعي، إذ إن الشرائع القديمة ومنها القانون الروماني لم تكن وليدة النظريات،بل كان أساسها القضايا العملية ، والمسائل الواقعية المعروضة على الفقهاء ، ولذلك لا يمكن استخلاص نظرية عامة للتعسف في القانون، لأنه كان قائما على أساس نظرية الحق المطلق, أو بمعنى السلطة المطلقة[3]،وتصوّر فكرة الحقّ على هذا المبدأ يفيد قطعا أنّ الأخذ فيه بنظرية التعسف مفهوما وحكما يعود على أصله بالنقض، إذ كيف يمكن لمذهب يقوم على أساس السلطة المطلقة، أن يتسق مع أحكام نظرية ما وضعت أصلا إلا لتبطل مبدأ السلطة المطلقة قي الحقوق..

---

[1] - محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات. درط. دار الكتاب الحديث ،القاهرة.ت: 1424ه/ 2003م.ص:(52).

[2] - محمود جلال حمزة. العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام. درط. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر .ت:1405ه/ 1985م. ص: (90).

[3] - محمد صبري السعدي: المرجع السابق. ص: (52).

ثم انتقلت النظرية إلى القانون الفرنسي القديم , وذهب دوما" domat "إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير، ولم تكن له مصلحة في استعماله،وكذلك من يتعسف في مباشرة إجراءات التقاضي تتحقق مسؤوليته[1].

أما بعد انتصار الثورة الفرنسية، فقد تحقق انتصار المذهب الفردي. وكان مقتضى هذا المذهب عدم عرقلة حرية استعمال الناس لحقوقهم .. وأمام هذه الهجمة الشرسة للمذهب الفردي قام القضاء الفرنسي آخذا بموجبات التضامن الاجتماعي، يحمل لواء تقييد الحقوق ، مناديا بأنّه لا يصح استعمال الحقوق الشخصية بما يتنافى والغرض الذي منحت من أجله . وقد قاد سالي وجوسران الفقه منذ مطلع القرن العشرين في هذا الاتجاه[2]. وفي سنة 1905م، وضع جوسران مؤلفا أسماه " التعسف في استعمال الحقوق"،جمع فيه أحكام القضاء منسّقة ، واستخلص منها أصول النظرية العامة.

وفي عام: 1927م، أصدر كتابه في روح الحقوق ونسبيتها، أو النظرية المسمّاة "بنظرية التعسف في استعمال الحق". وهو أشمل المؤلفات وأكثرها وضوحا[3].

أمّا الشريعة الإسلامية فقد أولت التعسف في استعمال الحق عناية فائقة ، وأمرت الناس بالرفق والإحسان ، فاستوت هذه النظرية في الشريعة على أصولها. وقد استنبطت من النصوص التشريعية كقول الله تعالى:(إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ) [النحل/90].وكقوله تعالى: (وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ) [البقرة/280]. وغيرها من النصوص الشرعية والقواعد الفقهية كثير..

وجاء دور الصحابة الكرام، الذين استلهموا مقاصد الكتاب ، وساروا على نهج الرسول ، وعملوا بروح الشريعة في جزئيات كثيرة ، من أجل القضاء على بوادر الإضرار وصور التعسف، فاستخلصت هذه النظرية من فقه الصحابة واجتهادات الأئمة من بعدهم عبر العصور

---

[1] - المرجع نفسه، ص:(52).

[2] - محمود جلال حمزة: المرجع السابق. ص:(91).

[3] - ينظر: عبد المنعم فرج الصده: أصول القانون،ص: (570). محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزام،ص:(56).

الذين أصّلوا مبادئها وضبطوا معاييرها، حتى بلغت هذه النظرية من الدقة والضبط والوضوح ما لم تبلغه غيرها من النظريات[1].

وقد ازدهرت هذه النظرية على أيدي فقهاء الشريعة الغراء . وانتهوا إلى وجوب تقييد الحق وضرورة استعماله طبقا للغرض الاجتماعي والاقتصادي منه، مقررين بذلك للحق وظيفة اجتماعية لا فردية خالصة، تؤكد روح التضامن والتكافل الاجتماعي . فأحلوا بذلك فكرة النية محل فكرة الشكل والمظهر في لحكم على أعمال الإنسان التي يقوم بها بموجب حق أو إباحة[2]..،لتستوي هذه النظرية على سوقها في التشريع الإسلامي ، فتمّت بذلك معاييرها ومؤيداتها، تأصيلا وتنزيلا، ضبطا وتفريعا، اتّضح من خلالها مدى مراعاة الشريعة الإسلامية للمصلحتين الفردية والعامّة، وابتنائها على أساس المزج بينهما، بما يحفظ حق الجماعة ولا يهدم حقّ الفرد، تحت قانون التعارض والترجيح بين مصالح الناس ومضّارهم، هذا القانون الذي تولّى أبو إسحاق الشاطبي تقعيد قواعده، ورسم ضوابطه،بملكة تشريعية فذّة، تعكس لنا القيمة المحورية التي يدور عليها التشريع الإسلامي، لتنبثق منه هذه النظرية كتلازم منطقي بديع ، بين طبيعة هذا التشريع الخالد وأصوله الكلية، ومقتضى أحكام ومعايير هذه النظرية...

كانت هذه لمحة وجيزة عن هذه النظرية من عهد الرومان إلى عصر جوسران...

---

[1] - محمود جلال حمزة: العمل غير المشروع. ص:(92). وينظر: محمّد رياض،أصول نظرية التعسف في الشريعة الإسلامية. مجلة الجامعة الإسلامية. ع: 22.ت: 1409ه/1989م.الرباط،المغرب. ص:(237).

[2] - محمد سعدي الصبري: النظرية العامة للالتزامات، ص:(54).

الفصل الأول:
مبنى نظرية التعسف

إن دراسة الفروع والجزئيات انطلاقا من تأصيل الكليات التي تضمنتها هو منهج له أهميته من حيث إنه ينتهي بنا إلى تحديد الأصول العامة التي ينبغي مراعاتها عند تنزيل هذه الجزئيات على أحكامها..،ومن هنا فإن المقصود بالقصد الأول في هذا الفصل اعتصار أصول النظرية،وتقرير أبعادها وامتدادها في الفكر الأصولي المقاصدي عند الإمام الشاطبي

وقد قيل:"إن من حرم الأصول حرم الوصول"،ذلك لأن أصل الشيء هو مايبنى عليه غيره،فسلامة البناء من لازم سلامة أساسه الذي بني عليه.

ولتقرير أبعاد النظرية واعتصار أصولها لا بد أولا من تحديد رسومها وحدودها،ثم بيان الأسس التي بنيت عليها. وذلك من خلال ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: نطاق التعسف

المبحث الثاني:أصل الباعث في التصرفات

المبحث الثالث:أصل النظر في المآلات

المبحث الأول: نطاق التعسف عند الشاطبي

لم يتجه الفقهاء قديما إلى الكتابة في النظرية العامة للحق وما يترتب عليها من أحكام ، وعلى هذا جرى الشاطبي عند حديثه على فكرة الحق وما يتعلق بها. والمقصود من هذا المبحث هنا تحديد نطاق التعسف، وهل يقتصر على مسمى الحقّ الخاص المعيّن فقط؟ أم يتعداه بما يدخل فيه الإباحات أو الحريات العامة؟ ولبيان هذا يتم دراسة هذا المبحث في مطلبين اثنين: الأول: في بيان معالم فكرة الحق. والثاني: إثبات شمول التعسف للحريّات...

المطلب الأول: معالم فكرة الحق عند الشاطبي

وفي هذا المطلب سيتم التركيز على إبراز معالم فكرة الحق عند الإمام من خلال تحديد أساس الحق عنده أولا، ثم الغاية التي شرع من أجلها، ولكن قبل الخوض في هذا،نقف قليلا عند الأصوليين ومفهوم الحق عندهم ،حتى يتجلى بعد ذلك موقف الشاطبي من هذه الفكرة على أحسن حال

الفرع الأول:فكرة الحق عند الأصوليين

ذكر أهل الأصول الكلام على الحقوق عند كلامهم على المحكوم به ،و هو ذات الفعل الذي هو موضوع الطلب أو موضوع الكف أو موضوع الإجابة،فهو إذن أفعال المكلفين التي تعلق بها الحكم التكليفي[1]...

هذا وقد ساروا في تحديده على معنى ينبئ عن أساس الحق و مصدره ،لأنّ الحق لا يعتبر حقا إلا أذا قرّره الشارع ،دون أن يكون الحق هو نفس الحكم ،وإنما هو الأمر المتعلق بالخطاب ولم يخالف في هذا إلا الإمام القرافي حيث جعل الحق هو نفس الحكم[2].

وعلى كلّ، فالأصوليون لم يعرفوا الحق بمعناه الخاص الذي يدل على ماهيته، ولكنهم ساروا في تحديد معناه من خلال تقسيمهم

---

[1] - ينظر:أبو زهرة :أصول الفقه .درط. دار الفكر العربي ، مدينة نصر، القاهرة.ت:1997م.ص:(276).

[2] -ينظر:القرافي: الفروق،(256/1).شرح تنقيح الفصول.درط.دار الفكر ، بيروت. ت:1424ه/2000م.ص: (80).

للحقوق،فجعلوها ثلاثة : حق الله وحق العبد ،و قسم ثالث اشترك فيه الحقان وقد يغلب أحدهما على الآخر[1].

أولا حق الله : و هو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد ، ونسب إلى الله تعالى لعظيم خطره و شمول نفعه، وإلا فباعتبار أمره ونهيه الكل سواء في الإضافة إلى الله تعالى . و قد جعل الأحناف هذا القسم ثمانية أنواع[2] ،منحصرة بالاستواء:

1:العبادات المحضة ،كالصلاة والصيام والزكاة و الحج ،وما يثبت عليه هذه العبادات في الإيمان والإسلام .

2:العبادات التي فيها معنى المؤونة، كصدقة الفطر، فإنها عبادة من جهة أنها تقرب إلى الله تعالى، و لكن ليست عبادة محضة، بل فيها معنى الضريبة على النفس و هذا مرادهم بأن فيها معنى المؤونة[3].

3: المؤونة التي فيها معنى العبادة : وهي الضرائب التي فرضت على الأرض الزراعية وهي الضريبة العشرية.

4: المؤونة التي فيها معنى العقوبة.وهي الضريبة التي تفرض على الأرض الخراجية. 5:الضرائب التي فرضت فيما يغنم بالجهاد , و فيما يوجد في باطن الأرض من الكنوز و المعادن .

6:أنواع العقوبات الكاملة: وهي حدّ الزنا وحد السرقة وحد البغاة الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا، فهي لمصلحة المجتمع كله .

7:نوع من العقوبات القاصرة : كحرمان القاتل من الإرث فهو عقوبة قاصرة , لأنه عقوبة سلبية لم يلحق القاتل بها تعذيب بدني أو غرم مالي ، و هو حق الله لأنه ليس فيه نفع للمقتول .

8:عقوبات فيها معنى العبادة، كالكفّارات فإنها عقوبة لأنها وجبت جزاء على معصية، و لهذا سميت كفارة،وفيها معنى العبادة لأنها تُؤدَّى بما هو عبادة من صوم أو صدقة أو تحرير رقبة .

---

[1] -ابن جزي الغرناطي :تقريب الوصول إلى علم الأصول . ت :المختار الشنقيطي . ط: 2 .ت:1423ه.ص: (252).

[2] -ينظر تفاصيل هذه الأقسام عند الحنفية في: السرخسي: أصول السرخسي. ت: أبو الوفا الأفغاني. ط:1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. د:ت.(2/ 290). سعد الدين التفتازاني: شرح التلويح على التوضيح. ت: زكريا عميرات. ط:1.ت: 1416ه. /1996م. دار الكتب العلمية. بيروت، لبنان. (316/2).

[3] -عبد الوهاب خلاف :علم أصول الفقه .درط.ت :1996م.دار النفائس .ص:(211).

فهذه الأنواع كلها حق خالص لله و تشريعها لتحقيق مصالح الناس العامة , و ليس للمكلف الخيرة فيها، وليس له إسقاطها؛ لأن المكلف لا يملك أن يسقط إلا حق نفسه، و لا يملك أن يسقط صلاة أو صوما أو حجا أو صدقة واجبة أو ضريبة مفروضة أو عقوبة من هذه العقوبات لأنها ليست حقه[1].

ويتبين من هذه الأقسام أن منطقة حقوق الله واسعة ،يتلاقى فيها الدين مع القانون العام[2]،فكل ما هو يشتمل على مصالح العباد فهي حق لله تعالى، لأنها لا تسقط بالإسقاط، وهي مشتملة على حقوق العباد لما فيها من تحصيل مصالحهم و درء مفاسدهم، و أكثر الشريعة من هذا النوع [3].

ثانيا :حق العبد : و المراد بحق العبد ما تتعلق به مصلحة خاصة كالدّية والضمان، فحق العبد إذن يدخل في منطقة القانون الخاص[4]. و لكل أحد الاختيار في حقوقه الذاتية الثابتة له على غيره ؛فله أن يسقطها إن شاء، لأن كونها حقوقا له وكونها مطلوبا بها غيره له مظنة حرصه على تقاضيها ،فالشريعة تكله إلى الداعي الجبلي وهو داعي حب النفس و المنافسة في الاكتساب، فإن تجاوز ذلك الحد فاختل الداعي الجبلي سمّي سفها يمنع صاحبه من التصرف[5].

ومن هنا صارت حقوق العباد : ما يجلبون به لأنفسهم ما يلائمها أو يدفعون بها عنهم ما ينافرها دون أن يفضي ذلك إلى إنحزام مصلحة عامة؛أو جلب مفسدة عامة؛و لا إلى إنحزام مصلحة شخص أو جلب مضرة له في تحصيل مصلحة غيره ،و عليه: فالقول الجامع لهذا القسم

---

[1] - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق. ص:(213)

[2]- السنهوري :مصادر الحق في الفقه الإسلامي .درط .دار الفكر، بيروت .ت:1953م.(47/1-54).

[3]- القرافي. الفروق . (257/1).

[4]- ينظر :السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي .(47/1). السرخسي: أصول السرخسي.(297/2).

[5]- ينظر: -ابن عاشور :مقاصد الشريعة الإسلامية. درط .د:ت .ص:(75).- عمر بن صالح عمر:مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام،ط:1.دار النفائس، الأردن. ت: 1423ه/2003م.ص:(267).

أنه ما يكون فيه حفظ مصلحة للآحاد، وهذا الحق يقبل الإسقاط والتعويض[1].

وقد أشار أبو العباس القرافي إلى ضابط الحقين فقال:" وإنما يعرف ذالك بصحة الإسقاط ،فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه، فهذا الذي نعني به حق الله"[2].

ثالثا : الحق المشترك :وقد يسمى الحقّ المزدوج، وهو ما التقى فيه الحق الخاص والحق العام، مع تغليب أحد الجانبين على الآخر، وهو على ضربين:

1:ما اجتمع فيه الحقان وحق الله هو الغالب :كحد القذف[3] ،لأنه زاجر يعود نفعه إلى عامة الناس وفيه دفع العار عن المقذوف . وقال الشافعي :إن حد القذف حق خالص للعبد، وقد قال الكاساني[4]في ذلك:" أما على أصل الشافعي فحد القذف حق خالص للعبد فتُشترط الدعوى فيه،كما في سائر حقوق العباد. وعندنا حق الله عز وشأنه وإن كان هو المغلب فيه، لكن للعبد فيه حق لأنه ينتفع بصيانة عرضه عن الهتك فتشترط فيه الدعوى من هذه الجهة"[5].

2: ما اجتمع فيه الحقان: وحق العبد هو الغالب. كالقصاص[6]؛ فإن لله تعالى في نفس العبد حق الاستعباد، وللعبد حق الاستمتاع ففي شرعية القصاص إبقاء للحقين، وتخليص للعالم من الفساد ،ولكن وجوبه عن طريق المماثلة المنبئة عن معنى الجبر فيه معنى المقابلة بالمحل. فكان

---

[1]- ينظر: أبو زهرة: أصول الفقه.ص:(284). ابن عاشور: مقاصد الشريعة.ص:(147).محمّد الناصري: نظام الحقوق في الإسلام،مجلة الأكاديمية المملكة المغربية.ع:6.ت:1410ه/1989م.ص:(138).

[2]- القرافي: الفروق. (257/1).

[3]- القَذف : بفتح القاف فتكون مصدر قذف , و أصله رمي الشيء بقوة . و اصطلاحا : هو الرمي بالزنا خاصة صراحة أو ضمنا . ينظر: قلعة جي، قنيبي: معجم لغة الفقهاء :ص:(359).

[4]- هو أبو بكر مسعود بن أحمد بن علاء الدين الكاساني. نسبة إلى كاسان , بلدة وراء الشاش، قرأ وتفقه على يد علاء الدين السمرقندي. وعن صدر الإسلام البزدوي. له غير البدائع من المصنفات : السلطان المبين في أصول الفقه. كان من أئمة الحنفية في دمشق. توفي سنة: 587ه. ينظر: الزركلي: الأعلام. (70/2).ابن قطلوبغا: تاج التراجم .ص:(327).

[5]- الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ط:1. دار الفكر بيروت. لبنان. ت:1996م. (77/7).

[6]- القصاص: بكسر القاف. مصدر قص. وهو اصطلاحا : المماثلة بين العقوبة والجناية. ينظر: قلعة جي، قنيبي: معجم لغة الفقهاء. ص:(364).

حق العبد راجحا. ولذلك فُوّض استيفاؤه للولي وجرى فيه الإعتياض بالمال[1].

الفرع الثاني: الشريعة أساس الحقوق

إن الذي يعنينا من تحديد أساس الحق عند الشاطبي، هو بيان أهمية هذه الفكرة كدعامة أساسية في التشريع. ومن هنا أثر تحديد هذا الأساس في تقييد استعمال الحق ومدى السلطة فيه..

وإذا سبق أن أساس الحق في المذهب الفردي هو ذات الإنسان منه بدأ وإليه يعود , لأنه صفة ذاتية ومظهر من مظاهر حريته .وفي المقابل نجد المذهب الاجتماعي يقرر أن الحق منحة من الجماعة وإلى الجماعة ،فهو إذن وظيفة اجتماعية يُسخّر لها الفرد مطلقا وإن كان على حساب حريته ومصلحته[2] ..

إذا سبق هذا:فالشاطبي قد سار بين ذينك النظرتين على منهج قوام وسط, فراعى حق الفرد وحافظ على حق الجماعة ،مؤكدا ذلك بقواعد محكمة، يجمعها أصل واحد هو أن الشارع أساس الحقوق كلها، منه تنشأ وإليه تعود، وما عنايته بالتكاليف[3] في مصادرها وموارداها إلا عناية بالحقوق ومضمونها، لأنّ التكاليف كلها حقوق تستلزم واجبات ..

يؤصل الإمام لهذا المعنى فيقول:" يقول العلماء : إن من التكاليف ما هو حق لله خاصة، وهو راجع إلى التعبد , وما هو حق للعبد. ويقولون في هذا الثاني: إن فيه حقا لله ،كما في قاتل العمد إذا عفي عنه ضرب مائة وسجن عاما , وفي القاتل غيلة[4] إنه لا عفو فيه، وإن عفا من له الحق ..وما أشبه ذلك من المسائل الدالة على اعتبار التعبد ،وإن عقل المعنى الذي لأجله شرع الحكم؛فقد صار إذن كل تكليف حقا لله"[5].

---

[1]- ينظر: السرخسي. أصول السرخسي. (297/2). ابن جزي: ترتيب الوصول إلى علم الأصول، ص:(252).

[2] - ينظر:ص:(55) وما بعدها من هذه الرسالة.

[3]- ألف الشاطبي كتابه الموافقات للتعريف بأسرار التكليف ، أو بعبارة أخرى لبيان موارد التكليف ومصادره، فيما يقتضيه الشرع وما لا يقتضيه . والتكاليف بجميع أقسامها هي مناشيء الحقوق، ومن هنا صارت عنايته بالتكاليف هي في الحقيقة عناية بالحقوق في حدودها ورسومها. لأن التكاليف كلها حقوق تستلزم واجبات ..

[4]- الغيلة: من غال الشيء واغتاله ، أي أهلكه وأخذه من حيث لا يدر. وقتل فلان فلانا غيلة أي في اغتيال وخفية. وقيل : هو أن يخدع الإنسان حتى يصير إلى مكان قد استخفى له فيه من يقتله. ينظر: ابن منظور، لسان العرب. مادة غول. (72/5). ابن فارس، معجم مقاييس اللغة. (408/4).

[5]- الشاطبي :الموافقات، (240/2).

وإذا كان كل تكليف حقا لله لاعتبار معنى التعبد فيه، وإن عقل معناه الذي لأجله ُشرع- والتكاليف مناشىء الحقوق-، فقد صار إذن كل حق معتبر فيه التعبد ولو من وجه،فلا يثبت على هذا إلا بإثبات الشارع له؛ أي أن الشريعة أساس الحقوق.

وكلام الشاطبي السابق،إنما ساقه في معرض الاستدلال على اعتبار التعبد في العادات ،وإن كان الأصل فيها كما قال الالتفات إلى المعاني[1]، لأنها راجعة إلى حقوق العباد ؛وحقوق العباد ما كان راجعا إلى مصالحهم في الدنيا . وليس له من غرض في
هذا إلا التنبيه على أن الحق وإن كان خاصا بالعبد , فلا يكون حقا إلا إذا قرّره الشارع وأذن فيه , وهو معنى التعبد أو اعتبار حق الله فيه.

ليختم كلامه هذا بقاعدة جليلة عظيمة: أقر بها فكرة الحق وأيّدها كدعامة أساسية في التشريع ،وكدستور يحكم استعمال الحقوق ويقيد مطلق السلطة فيها فقال:" فإن ما هو لله فهو لله ،وما كان للعبد فراجع إلى الله من جهة حق الله فيه ، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله ،إذ كان لله ألا يجعل للعبد حقا أصلا"[2].

فحقوق العباد جميعا إذن أساسها الشارع الحكيم ،ليكون الحق بذلك منحة ربانية لا طبيعة جبلية ،بل الدولة نفسها – ويمثلها الحاكم –تتمتع بالحق الذي منحه الشارع إياها، ومهمتها المحافظة على هذه الحقوق، فلا يعتبر الحق حقا إلا إذا قرره الشارع , وتقريره إنما يكون بحكم ، والحكم إنما يستفاد من الشرع ... فثبت إذن أن الحقوق جميعا مصدرها الشارع ،ولا يستحق الشخص الحق بحكم كونه إنسانا بل الحق منحة ربانية،للمكلف أن يستعملها تحت إذن الشارع ، فإذا ناقض قصده قصد الشارع فيما أذن له فيه ، فقد تعسف في استعمال هذا الحق الذي منحه الشارع إيّاه،" لأن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقا له بإثبات الشرع ذلك له، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل"[3].

أقسام الحقوق عند الشاطبي:

---

[1]- نفس المصدر: (232/2). وقد أطال النفس في بيان وجه الالتفات إلى المعاني . فليراجع. وينظر: المقّري:محمد بن محمد:القواعد الكبرى.ت:أحمد بن حميد.درط.معهد البحوث العلمية.دار إحياء التراث العربي.السعودية.د:ت.ص:(236)

[2]- الشاطبي :الموافقات، (240/2).

[3]- نفس المصدر: (286/2).

لم يعرّف الشاطبي الحق تعريفا اصطلاحيا ،وإنما سار على ما سار عليه الأصوليون في تعريف الحق من خلال تحديد أقسامه ،وحكم كل قسم منها.. هذا وقد أبدع – رحمه الله- في بيان الحقوق وأقسامها وما ذلك إلا لأنّ فكرة الحق عنده هي الأساس الذي به ميزان المعاملات وتنظيم الحقوق والواجبات..

وتأسيسا على الأصل الذي قرره –في أن الشريعة أساس الحقوق- قسّم أفعال المكلفين -وهي مناشىء الحقوق- بالنسبة إلى تعلق حق الله بها أو حق الآدمي إلى ثلاثة أقسام:

الأول: حق الله الخالص:كالعبادات، والأصل في هذا القسم التعبد ،فإن طابق الفعل الأمر صح وإلا فلا،لأن مقتضى التعبد عدم معقولية المعنى، فدل على أنّ قصد الشارع فيها الوقوف عند ما حدّ ، فإذا وقف المكلف في فعله عند ما حد له. فقد طابق قصد الشارع ، وإلاّ فقد خالف، ومخالفة قصد الشارع مبطلة للعمل[1]. هذا وجه..

ووجه ثان:هو أن عدم تحقق البراءة من الفعل بالخروج عن ما حده الشارع , موجب لطلب الخروج عن العهدة بفعل مطابق لا بفعل غير مطابق ، فدل على أن قصد الشارع فيه الوقوف عند ما حدّه[2].

والثاني: ما اشترك فيه الحقان والمغلب حق العبد: والأصل في هذا القسم معقولية المعنى ،فإن طابق مقتضى الأمر والنهي فلا إشكال ، وإن وقعت المخالفة بقي النظر في أصل المحافظة على مصلحة العبد التي شرع الحق لتحقيقها، فإن لم تحصل المصلحة

فالعمل باطل ؛لأن مقصود الشارع لم يحصل، وإن حصلت صح وارتفع النهي بالنسبة لحق العبد ،أما حق الله فلم يرفع مقتضاه من الإثم للإقدام على المخالفة[3].

وبناء على هذا الأصل: صحح الإمام مالك بيع المدبر[4] إذا أعتقه المشتري[1]. ويعلل أبو إسحاق مذهب مالك فيقول: "لأن النهي لأجل

---

[1] - الموافقات: (242/2).

[2] - نفس المصدر:(243/2).

[3] - نفس المصدر: (242/2).

[4] - المدبر: من الدُبر: وهو نقيض القبل ومن كل شيء عقبه ومؤخره. والتدبير: عقد يوجب عتق مملوك في ثلث مالكه بعد موته بعتق لازم. والمدبّر: هو المعتق منة ثلث مالكه بعد موته يعتق لازم . ينظر: الفيروز أبادي: القاموس المحيط.درط. دار الجيل. بيروت، لبنان. مادة دبر.(27/2). ابن الرصاع: شرح حدود ابن عرفة.ط:1.ت: 1993م.دار الغرب الاسلامي.بيروت. ص: (675/2).

الفوت للعتق . فإذا حصل أي العتق فلا معنى للفسخ عنده بالنسبة إلى حق المملوك "[2].

والثالث: ما اشترك فيه الحقان والمغلب حق الله: وهذا القسم يرجع إلى الأول في حكمه، لأن حق العبد هنا صار مطرحا شرعا كقتل النفس، إذ ليس للعبد خيرة في إسلام نفسه للقتل لغير ضرورة شرعية[3].

وإذا تقرر هذا: تعيّن أن ما كان من حقوق الله تعالى فلا ترجع إلى اختيار المكلف ولا دخل له في إسقاطها، لأن الأصل فيها التعبد ، وقصد الشارع فيها الوقوف عند ماحده. والدلائل على هذا كما قال الشاطبي كثيرة ،وأعلاها الاستقراء التام في موارد الشريعة ومصادرها[4].

وأما ما كان من حقوق العباد، فله فيها الاختيار من حيث جعل الله له ذلك ، لا من جهة أنه مستقل بالاختيار بحكم الأصل. وإلا لعاد على الأصل – وهوكون الشارع أساس الحقوق- بالإبطال . فأما إذا دار الحكم بين حق الله وحق العبد لم يصح للعبد إسقاط حقه إذا أدى إلى إسقاط حق الله، كحق العبد في حياته وكمال جسمه وعقله، إذا أسقط ذلك بأن سلط يد الغير عليه..لأن :" إحياء النفوس وكمال العقول والأجسام من حق الله تعالى. فإذا أكمل الله على عبده حياته وجسمه وعقله الذي يحصل ما طلب به القيام بما كلف به، فلا يصح للعبد إسقاطه"[5].

ومن هنا : فما كان من حقوق العبد فله فيها الاختيار من حيث جعل الله له ذالك،لا من جهة أنه مستحق لذلك بحكم الأصل. وعلى هّذا خيره الشارع في أنواع المتناولات من المأكولات والمشروبات والملبوسات .وفي أنواع البيوع والمعاملات والمطالبات بالحقوق ، فله إسقاطها وله الاعتياض منها. والتصرف فيها إذا كان تصرفه على ما ألف من

قاسم القرذوي: أذيس الفقهاء .ت:الكبيسي.ط:2.مؤسسة الكتب العلمية.بيروت. ت:1987م.ص: (169).

[1] - قال مالك: إذا أعتقه المشتري فالثمن كله للبائع , وليس عليه في ثمنه شيء. ينظر:مالك بن أنس، المدونة الكبرى.درط. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.د:ت.(520/2).

[2] - الموافقات: (242/2).

[3] - الموافقات:(242/2).

[4] - نفس المصدر: (285/2).

[5] - نفس المصدر:(286/2).

محاسن العادات،لكن الشأن كل الشأن في هذ ا:" في فهم الفرق بين ما هو حق لله وما هو حق للعباد"[1].

فإن قيل : إن الشاطبي هنا قد خالف جمهور الأصوليين عندما حصر أقسام الحقوق باعتبار نسبتها إلى حق الله أو حق الآدمي في ثلاثة ، ولم يصرح بحق العبد ؟ فهل هذا التقرير منه إسقاط لحق العبد أصلا؟..

فالجواب أن الأمر خلاف ذلك،وبيانه من وجهين:

أما الأول: فهو ما صرح به الشاطبي في غير موضع من إثبات الحقوق للعبد، والتصريح دليل الاعتداد. من هذه المواضع مثلا - لاحصرا- قوله:" حق العبد ما كان راجعا إلى مصالحه في الدنيا"[2]. وكذا قوله:" أصل العادات راجعة إلى حقوق العباد"[3]. وقوله في موضع آخر:" ماكان من حق العبد في نفسه فله فيه الخيرة"[4]. وغيرها كثير..

وأما الثاني: فهو أن الشاطبي نفسه تنبه لهذا الأمر عند ردّه على من اعتبر أن من لازم تعلق حق الله بحق العبد ألا يبقى شيء من حقوق العباد إلا وفيه حق لله، فيقتضي أن

ليس للعبد إسقاطه . ولا يبقى إذن بعد هذا التقرير حق واحد يكون العبد فيه مخيرا، وقسم العبد ذاهب إذن؟..

ويزيل الشاطبي هذا الإشكال فيقول:" إن ما هو حق للعبد إنما ثبت كونه حقا له بإثبات الشرع له ذلك، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل وإذا كان كذلك فمن هنا ثبت للعبد حق ولله حق"[5].

فالذي نفاه الشاطبي إنما هو استقلال العبد بحقه دون تقرير الشارع له.وعليه فإن عدم ذكره له ليس نفيا لوجوده كلاّ. وإنما هذا تأسيسا منه لمبدأ ربانية الحقوق ،وأن الشريعة أساس الحقوق كلّها، ومن هنا فإن ما ثبت للعبد من حقوق إنما ثبت بإثبات الشرع ذالك له، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل.

---

[1] - المصدر نفسه.
[2] - الموافقات:(286/2).
[3] - نفس المصدر:(241/2).
[4] -نفس المصدر:(242/2).
[5] - نفس المصدر:(286/2).

وهذا الآن بيان لبعض القواعد التي استقريت من كلام الشاطبي عند تقريره لهذا الأصل. هذه القواعد التي وإن اختلفت في مبناها ، إلا أنها في معناها تجتمع تحت لواء واحد "وهو أن الشريعة أساس الحقوق":

1:" كل تكليف مشتمل على حق الله وحق العباد"[1]. ومما يتفرع على هذه القاعدة:

- كل حكم شرعي فليس بخال عن حق الله فيه.
- كل حكم شرعي ففيه حق للعباد.
- كل حكم شرعي فليس بخال عن حق الله تعالى وهو جهة التعبد . وفيه حق للعباد.

2: أصل العبادات راجعة إلى حق الله. وأصل العادات راجعة إلى حقوق العباد[2]. ومما يتفرع عنها:

- حق العبد ما كان راجعا إلى مصالحه في الدنيا.
- قصد الشارع في حق الله الوقوف عند ما حدّ.
- حق العبد حاصل بمجرد الفعل من غير نية، لكن الثواب فيه مفتقر إلى نية.

-كل فعل فيه حق للعبد وراعى فيه جهة الأمر فهو من تلك الجهة عبادة.

- كل فعل غلب فيه جانب العبد فحق العبد يحصل بغير نية.
- كل فعل حق للعبد كان المغلب فيه التعبد فهو يفتقر إلى نية.

3: " كل ما كان من حقوق الله فلا خيرة فيه للمكلف،وكل ما كان من حقوق العبد فله فيه الخيرة"[3]: ومما يتفرع عنها:

-لا يصح للعبد إسقاط حقه إذا أدى إلى إسقاط حق الله.

- الحق الفردي الذي لله فيه حق خالص، لا يسقط بإسقاط الفرد.
- الحق الفردي الذي للعبد فيه حق مغلب ،له إسقاطه لتعلق القصد الشرعي به.
- كل ما جاء ظاهره أنه حق للعبد مجردا فليس كذلك بإطلاق، بل جاء على تغليب حق العبد.

---

[1] - الموافقات:(241/2).
[2] - نفس المصدر:(241/2).
[3] - نفس المصدر:(284/2).

4: " التصرف في الحق كسبا وانتفاعا مقيد بالمحافظة على مقصود الشارع"[1].

5: " حق الغير محافظ عليه شرعا"[2].

نخلص من هذا كله: أن الشريعة - عند أبى إسحاق - هي أساس الحقوق ، وليست الحقوق أساس الشريعة . مرد ذلك كله أن الحق منحة ربانية وهبت للعباد لاستعمالها على ما ألف من محاسن العادات، وما شرعت الأحكام إلا لتحقيق مصلحة قصدها الشارع في التشريع ، **"ففكرة الحق إذن دعامة أساسية في النظام التشريعي عند الإمام الشاطبي".**

الفرع الثالث:غاية الحق المصلحة التي قصدها الشارع

ثبت بما قرره الشاطبي أن الشريعة أساس الحقوق، منها تنشأ وعليها تنبني ، وإذا كان الحق منحة ربانية ليس للمكلف الاختيار فيها إلا فيما أذن الشارع له، أي من حيث جعل الله له ذلك ، فالأصل فيه التقييد لا الإطلاق ،كل هذا تأكيدا منه أن الحقوق وسائل شرعت لتحقيق معان هي المصالح التي قصدها الشارع في التشريع ؟. وبيان هذا من وجوه:

الأول: الحق وسيلة:

بدهي أن وجود الحق يستلزم إباحة استعماله ، وإلا كان وجود الحق مجردا عن أي قيمة ، بل يلزم التناقض من الشارع إذ يقرر حقا ثم يحرم استعماله ، والحق إنما قرر لأجل مصلحة توخّى الشارع تحقيقها ...

فالحقوق إذن وما تستلزم من أفعال إنما هي وسائل تعطي صاحبها سلطة استعمالها ، لتحقيق غايات هي المصالح المشروعة ، بناء على الأصل العام الذي وضعت له

الشريعة ابتداءً .وهي كون الأحكام إنما وضعت لمصالح العباد[3] .

يؤكد الإمام هذا المعنى فيقول:" لما ثبت أن الأحكام الشرعية شرعت لمصالح العباد ، كانت الأعمال معتبرة بذالك، لأنه مقصود الشارع فيها

---

[1] - الموافقات:(242/2).

[2] - نفس المصدر:(245/2).

[3]- الموافقات:(2/ 5).

كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإذا 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 على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات"[1].

فالشاطبي يقرّر من خلال هذا أن الحقوق وسائل شرعت لتحقيق معان هي مصالح الأحكام ، وتأسيسا على هذا فإن الحقوق ليست مقصودة لأنفسها لتكون مصدر
سلطات مطلقة يتمتع بها أربابها، بقطع النظر عن أهدافها وغاياتها وعن تحري الوسائل اللازمة للإفضاء بها إلى تلك الغايات، لتكون بذالك الأعمال الشرعية وسائل أو مقدمات لنتائج لاحقة وليست مقصودة لذاتها . وفي هذا النظر هدم تام للنظرة القائمة على مبدأ السلطة المطلقة في الحق والتي تخوّل لصاحبها استعماله كيف شاء باعتبار الحق غاية في ذاته وصفة طبيعية لا منحة ربانية..هذا شيء.
وشيء آخر: هو أن اعتبار الحق غاية في ذاته يبطل أصل القاعدة العامة التي ما طفق الشاطبي يؤصل لها ويقيم لها من الأدلة ما يفيد بها القطع، وهي أن المصالح معتبرة في الأحكام ، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وتصرفاته، وألاّ يقصد خلاف ما قصد الشارع وإلا كان مناقضا لقصد الشارع ، ومناقضة الشرع عينا باطلة فما أدى إليها باطل[2].

وتأسيسا على هذا: كانت أحكام الشريعة ـ وهي مناشئ الحقوق ـ تشتمل على مصلحة كلية في الجملة:" وهي أن يكون كل مكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته، وإلا فقد خلع ربقة التقوى، وتمادى في متابعة الهوى، ونقض ما أبرمه الشارع، وأخّر ما قدّمه"[3].

---

[1]- نفس المصدر: (2/ 292).

[2]- لأن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة ، ومن هنا كان العمل المناقض باطلا . ينظر: الموافقات:(252/2).

[3]- الموافقات: (2/ 293).

فصار من العدل والمنطق عند الشاطبي أن تنسلخ صفة المشروعية عن الحقوق إذا أضحت وسائل للإخلال بالتوازن أو مناقضة قصد الشارع وضعا ، لأن الأعمال وما ينشأ عنها ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخر، هي معانيها والمصالح التي ما وضعت الشريعة إلا لأجلها.

ويزيد الشاطبي تأكيد هذا المعنى عندما يعتبر المصلحة وهي غاية الحق تعبدية فيقول:" إنّ كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم والمفسدة مفسدة كذالك، مما يختص
بالشارع لا مجال للعقل فيه، بناء على قاعدة نفي التحسين والتقبيح[1] ، فإذا كان الشارع قد شرع الحكم-الوسيلة- لمصلحة ما، فهو الواضع لها مصلحة . فإذاً كون المصلحة مصلحة هي من قبل الشارع بحيث يصدقه العقل وتطمئن إليه النفس، فالمصالح من حيث هي مصالح قد آل النظر فيها إلى أنها تعبديات"[2].

فقوله:"فإذا كان الشارع قد وضع الحكم لمصلحة ما فهو الواضع لها مصلحة"،تصريح منه أن الحكم الشرعي وسيلة غايتها المصلحة المقصودة . ليؤكد بهذا أن الحق ليس غاية في ذاته حتى يكون ملكا لصاحبه يتصرف فيه وفق رغبته دون نظر إلى المصلحة التي قصدها الشارع . ومن هنا تعين على صاحب الحق أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع.

من كل هذا: تتبين فكرة أساسية كان الشاطبي يحكمها في ضبط وجوه المصالح، وهي أن الحكم الشرعي وسيلة، والوسائل مقيدة في استعمالها بتحصيل مقاصدها .فإذا حصلت فذالك قصد الشارع فيها، وإن لم تحصل كان المستعمل متعسفا في استعمال هذه الحقوق، بأن يتخذ الحق مجرد ذريعة للإضرار بالغير، أو يؤول استعماله لتحقيق نتائج ضارة .ومن هنا اقتضى النظر في الآثار التي تنجم عن استعمال

---

[1]- ذهبت المعتزلة إلى أن التحسين والتقبيح من مدارك العقول على الجملة، ولا يتوقف إدراكهما على السمع ،وهذه قاعدة مذهبهم ،وربما يتخبطون فيها، وبناء على هذا الأصل اعتبروا المصالح والمفاسد بحسب ما أداهم إليه العقل بلا زيادة ولا نقصان . وخالفهم في هذا الأشاعرة فقالوا العقل لا يدل على حسن شيء لا قبحه في حكم التكليف وإنما يتلقى التحسين والتقبيح من موارد الشرع وموجب السمع. ينظر: الموافقات: (35/34/2). والجويني: كتاب الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقادات: اسعد تميم. ط:3.مؤسسة الكتب الثقافية. بيروت لبنان.1416 1996. ص:(228).

[2]- ينظر: الموافقات: (2/ 239).

الحقّ، وهو معنى النظر في المآل الذي يقرر الشاطبي أنه أصل معتبر مقصود شرعا[1].

ثانيا: الطبيعة المزدوجة للحق:

خالف الشاطبي جمهور الأصوليين في مفهوم حق الله تعالى، فلم يقصره على المصلحة العامة أو مصلحة المجتمع. بل جعل المحافظة على حق الغير ولو فردا من حق الله أيضا،فحق الغير إذن يطلق عليه الشاطبي " حق الله"[2]، لأن مفهوم حق الله لا ينصرف إلى المصلحة العامة فحسب، بل وإلى المصلحة الخاصة أيضا[3]. وما قول الشاطبي إن حق الغير محافظ عليه شرعا إلا برهان على أن مراعاة حق الغير من النظام الشرعي العام..

وعلى هذا فمركز الفرد الواحد واضح في التشريع الاسلامي عند الشاطبي، ولا يقل أهمية عن المجتمع ومصلحته العامة من حيث الاعتبار .. لذالك راعى الشاطبي حق الفرد واعتبره نقطة أساسية ينبني عليها الإصلاح الاجتماعي . كما راعى حق الجماعة واعتبر مصلحتها جوهرية ونسب حقها لله لعظم أمرها وشمول خطرها . وهو بين النظرتين يقرر ويقعد الأصول المحكمة حتى لا يطغى جانب عن آخر. ومن هنا بات من المقررات الشرعية عنده الاعتراف بالمصلحة العامة وتقديرها حق قدرها[4]،هذا من جهة.. ومن جهة ثانية:تقييد الحقوق ـ كسبا وانتفاعا ـ بالمحافظة على مقصود الشارع والمحافظة على حق الغير -ولو فردا-، لأن حق الغير مقصود محافظ عليه شرعا[5].

يقرّر الشاطبي هذا المعنى فيقول:" وفي العادات: حق الله من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لأن حق الغير محافظ عليه شرعا أيضا، ولا خيرة فيه للعبد فهو حق لله تعالى صرفا في حق الغير، حتى يسقط حقه باختياره في بعض الجزئيات لا في الأمر الكلي"[6] .لأجل هذا كان أساس التشريع عند الشاطبي مبني على مراعاة الحقين معا، وبالتالي مراعاة المصلحتين معا الفردية والجماعية،

---

[1] - الموافقات : (140/4). وسيأتي فضل بيان في تحقيق هذا الأصل.

[2]- نفس المصدر: (245/2).

[3]- الدريني فتحي. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الاسلامي. ط:3. مؤسسة الرسالة. بيروت، لبنان. ت:1418ه/1997م. ص: (204).

[4]- ينظر:الموافقات: (265/2).وما بعدها.

[5]- نفس المصدر: (245/2).

[6]- الموافقات: (245/2).

ومقتضى هذا أن الحقوق وهي وسائل لتحقيق غايات الشرع يجب أن تفضي إلى هذه الغاية المزدوجة ، وإلا وقع التناقض بين الوسيلة والغاية؟ وبذلك يكون للوسيلة –الحق- طبيعة مزدوجة فردية وجماعية معا.فحقوق العباد – وإن كانت محضة- فهي ذات طبيعة مزدوجة، أي أنها مشوبة بحقّ الله تعالى.

والشاطبي إذ ينفي السلطة المطلقة في الحق التي تخوّل لصاحبها أن يستعمله كيف شاء، فإن هذا لا يعني أنه يُبطل حق الفرد أصلا، بل اعترف به في حدود المحافظة على حق الغير فردا كان أم جماعة، " لأن حق الغير محافظ عليه شرعا ولا خيرة فيه للعبد ،فهو حق لله تعالى صرفا في حق الغير"[1] .

بل يذهب الشاطبي أبعد من هذا حينما يثبت هذه الازدواجية انطلاقا من تقييد استعمال الحق بالنسبة لصاحب الحق نفسه ، كحق الحياة وحق سلامة الجسم ، فإذا كان للفرد حق الحياة والمحافظة عليها فليس ذالك حقا خالصا،بل نفس المكلف كما يقول :" داخلة في حق الله من جهة وجه الكسب والانتفاع، إذ ليس له التسليط على نفسه ولا على عضو من أعضائه بالإتلاف"[2].

ومما يؤكد هذه الازدواجية أيضا : أنّ ناحية التعبد موجودة في كل حق سواء كان معقول المعنى أم غير معقول . والحقان : حق الله وحق العبد متلازمان أبدا، متى وجد أحدهما وجد الآخر، فهما دائما مجتمعان. لذلك نجد الشاطبي يقرر أن التكاليف التي فيها حق العبد منها ما يصح بدون نية ومنها ما لا يصح إلا بنية ، فأما الأولى: فهي التي فهم من الشارع فيها تغليب جانب العبد ،وأمّا الثانية فهي فُهم منها تغليب حق الله[3].

ومرماه من تقرير هذا: الوصول إلى النتيجة المقررة، وهي أنّ حقوق العباد لو كانت خالصة ولم يكن فيها لله حق، لما حصل له فيها

---

[1]- المصدر نفسه.

[2]- يعلق الشيخ دراز على هذا فيقول:فالنفس للشخص حق المحافظة عليها . ولله ذالك الحق أيضا ولكنه لا يسقط إذا أسقطه العبد بتعريضها للتلف بل يؤاخذ المعتدي والمتعرض .وهكذا كل الضروريات العادية من نسل وعقل ومال". ينظر: درّاز:الموافقات. هامش. (245/2).

[3]-ينظر: الموافقات، (240/2).

الثواب أصلا. لأن حصول الثواب فيها يستلزم كونها طاعة من حيث إنّها مكتسبة مأمور بها[1].

فالحق الفردي عند الشاطبي: حق مشترك، وليس فرديا خالصا، لأنّ الصالح العام مراعى في كل حق فردي، وهو بهذا يجعل من الحق مفهوما ينفي عنه التسلط القاهر والاستبداد المطلق الذي جاءت به فلسفة المذهب الفردي. ويثبت بما لا يدع مجالا للشك المعنى الاجتماعي في أرقى صوره وأسمى معانيه. كل ذلك تحت لواء الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة.والذي ماانفك الإمام يقعّد له ويقرره في سائر أجزاء الموافقات وهو:" درء المفسدة وجلب المصلحة"[2].

نخلص من هذا: أن فكرة الحق عند الشاطبي تقوم على عنصرين فردي وجماعي في آن واحد، لأنّ مراعاة حق الغير من النظام الشرعي العام الذي لا خيرة فيه للعبد ، ومن هنا كان الحق الفردي مقيد في استعماله على نحو لا يضر بالغير فردا كان أو مجتمعا. وما هذا إلا درءاً للتعسف فيه قصد أو مآلا . فالصالح المشترك[3]عند الشاطبي مزدوج عنصراه المصلحة العامة والخاصة على السواء، وليس متمحّضا للمصلحة العامة وحدها.

ثالثا: الوظيفة الاجتماعية للحق

اعترف الشاطبي بالحقين معا وجعلهما غاية مزدوجة للتشريع العملي ، بناءً على الأصل الذي قرره :"في أن الحقوق وما ينتج عنها من أعمال ما هي إلا وسائل ومقدمات لتحقيق غايات ومقاصد أرادها الشارع، هي تلك المعاني والمصالح التي توخّاها الشارع في التشريع"[4].وإذن فالحقوق ليست مجرد مراكز قانونية ، بل صاحب

---

[1]- المصدر نفسه.

[2]- قال رحمه الله:" الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد". وقال:" التكليف كله إما لدرء مفسدة أو جلب مصلحة أو لهما معا، فالداخل تحته مقتض لما وضع له".وقال:" فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد"..وغرها كثير. ينظر: الموافقات: (142/1). (146/1). (253/2).

[3]- والتعبير هنا بالصالح المشترك أولى من المصلحة العامة لأنه يشملها كما يشمل المصلحة الفردية للغير التي راعاها الشارع عند استعمال الشخص لحقه. فالصالح المشترك إذن ذو مفهوم مزدوج ، وما المصلحة العامة إلا شطرا من ذلك المفهوم. ينظر:الدريني: المناهج الأصولية .ص:(203).

[4]- الموافقات : (292/2).

الحق يتمتع بكامل حقه ويمارسه على أن يكون استعماله مقيدا بالمحافظة على مقصود الشارع، والمحافظة على حق الغير.

وعلى هذا فالحق الفردي عند الشاطبي مقيد بدائرة البر والصالح العام، لتكون له بذلك وظيفة اجتماعية، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية . ويشير الإمام إلى المفهوم الاجتماعي للحق في الشريعة ، وأن الحق الفردي لا يكفي في مشروعية استعماله أن تتحقق المصلحة الفردية التي شرع من أجلها بل طبيعته المزدوجة تقتضي النظر في مصلحة المجتمع ؛فيقول -رحمه الله-:

" وفي العادات حق الله من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع، لأن حق الغير محافظ عليه شرعا، ولا خيرة فيه للعبد، فهو حق لله تعالى صرفا في حق الغير حتى يسقط باختياره في بعض الجزئيات لا في الأمر الكلي ... فإذا العاديات يتعلق بها حق الله من وجهين: أحدهما من جهة الوضع الكلي الأول الداخل تحت الضروريات ، والثاني من جهة الوضع التفصيلي الذي يقتضيه العدل بين الخلق وإجراء المصلحة على وفق الحكمة البالغة"[1].

وإذا كان هذا وجه تعلق حق الله بها، ففيها أيضا حق للعبد من جهة أخذه للنعمة على أقصى كمالها فيما يليق بالدنيا، لأن انتفاع العبد بالطيبات من النعم -كما يقول الشيخ درّاز- جعله الله تعالى حقا من حقوقه بحسب ما هيأه الله له من ذلك، كما قال الله تعالى:(قُل مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزۡقِۚ قُلۡ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُواْ فِي ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا خَالِصَةٗ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ) [الأعراف/32]. فجعل ذلك حقا له لكن لا مطلقا، بل بحسب ماسنّ له ورسم، حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير، وكل شخص بحسب ما قسم له من ذلك ، فليس الناس في ذلك سواء[2].

وإذا تقرر هذا : فالحق الفردي عند الشاطبي له وظيفة اجتماعية، وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية، لأن في اعتباره كذلك إلغاء لفكرة الحق من أساسها، بتجريد الفرد من حقّه ، هذا من جهة.. ومن جهة ثانية: إبطال لمبدأ مراعاة المصلحة الفردية. وجعل المصلحة العامة

---

[1]- الموافقات: (245/2).

[2]- ينظر: درّاز: الموافقات، هامش. (245/2).

وحدها محورا للتشريع، وقد أقام أبو إسحاق الأدلة على أن الشريعة تراعي المصلحتين معا . وتعتبر المصلحة الفردية كالمصلحة العامة سواء بسواء، وتنسق بينها عند التعارض بقواعد محكمة مستقرأة من أصول الشريعة وقواعدها العامة ، وتحت لواء أصلها العام : جلب المصالح ودرء المفاسد [1].

واعتمادا على هذا الأصل عنده: نجده يقرر في موضع آخر : أن طلب الإنسان لحظه حيث أذن له؛ **لا بد فيه من مراعاة حق الله وحق المخلوقين** . لأن طلب الحق إذا كان مقيدا بوجود الشروط الشرعية، وانتفاء الموانع الشرعية، ووجود الأسباب، وهذا كله لا حظ فيه للمكلف من حيث هو مطلوب به؛ فقد خرج في نفسه عن مقتضى حظه ، ثم إنّ معاملة الغير في طريق حظ النفس يقتضي ما أمر به من الإحسان إليه في المعاملة والمسامحة في المكيال والنصيحة على الإطلاق وترك الغش كله وترك المغابنة غبنا يتجاوز الحد المشروع، وألا تكون المعاملة عونا على ما يكره شرعا ؛ فيكون طريقا إلى الإثم والعدوان[2].

فالاستبداد المطلق في استعمال الحق الذي تعلقت به حظوظ النفس لا يعرفه الإسلام. وإنما يحث على الاشتراك والتسوية . بل يعرف درجة أسمى هي درجة الإيثار[3] على النفس التي يحمل الفرد عليها الإيمان المطلق بالله تعالى . وهي أرقى ما يمكن أن يتصور في المعنى الاجتماعي للحق..

كل هذا التصوير لمعنى التضامن الاجتماعي - في شتى مرافق الحياة- يجعل من الحق عند الشاطبي ذو وظيفة اجتماعية؛ تنفي عنه التسلط القاهر والاستبداد المطلق الذي جاءت به فلسفة المذهب الفردي، ويثبت بما لا يدع مجالا للشك المعنى الاجتماعي للحق في أرقى صوره وأسمى معانيه...

نخلص من هذا كله: إلى أن الشاطبي نظر للفرد باعتباره فردا اجتماعيا؛ يتمتع بحقوق وظيفتها اجتماعية، وهذه الوظيفة الاجتماعية فرضتها الطبيعة المزدوجة للحقوق؛ من فردية وجماعية، والتي تنفي

---

[1]- سيأتي بيان قواعد هذا التنسيق عند التعرض لحالات التعسف التي تناولها الشاطبي.

[2]- الموافقات: (143/2).

[3]- قاعدة الإيثار من القواعد التي استند إليها الشاطبي في إسقاط الاستبداد عند استعمال الحقوق . وسيأتي فضل بيان لهذه القاعدة عند الحديث على التكافل الاجتماعي كأساس اعتمده الشاطبي لدرء التعسف في استعمال الحقوق. ينظر: الموافقات: (269/2).

عنها الفردية المطلقة من جهة؛ والجماعية المحضة من جهة أخرى . فالحقوق إذن ذات طبيعة مزدوجة فردية وجماعية . وهي في الوقت نفسه وسائل لتحقيق غاية مزدوجة تتضمن المصلحة الفردية والمصلحة العامة . وفي الأخير يرى من هذا كيف كان أبو إسحاق يسير في تقعيده وتأصيله لما سبق، على أساس معالجة شؤون الجماعة بما يكون فيها خيرها وصلاحها، وأن تكون أمورها ميسرة لا عنت فيها ولا حرج ولا مشقة .. والله الموفّق للصواب.

كانت هذه معالم فكرة الحق عند الإمام، وقد اجتمعت هذه المعالم على شيء واحد هو أن الحقّ **"حقّ الله كسبا وانتفاعا"**،ومن هنا وجب أن يكون مقيدا في استعماله بما يحقق مقصود الشارع وبما يحفظ حق الغير.. ولكن السؤال أو الإشكال المطروح هنا هل هذا التقييد الشرعي يقتصر على مسمى الحق وحده؟أم أن المباحات – أو الحريات العامة- مقيدة أيضا في الشرع بما يحقق مصالحها؟ الجواب فيما يلي:

المطلب الثاني: الحريات العامة مقيدة بمصالحها

إن الذي يعنينا من بحث الحريات هنا عند الشاطبي أمران: الأول: هل الانتفاع بكل مالم يرد بشأنه دليل شرعي خاص،الأصل فيه الحل،أو أنه غير مشروع في الأصل حتى يقوم الدليل على إباحته ؟ فعلى الوجه الأول يمكن تصور التعسف لأنه يعتمد فعلا مشروعا في الأصل .والثاني: هل الحريات العامة أو المباحات – على القول بإباحتها- الأصل فيها حرية الانتفاع مطلقا؛ أم أنها مقيدة بمصالحها أيضا؟ لبيان هذا يتم تقسم المطلب إلى فرعيين اثنين:

الفرع الأول: الحريات العامة من المباحات

إن تناول الشاطبي لمسائل المباحات يختلف كثيرا عن تناول غيره من أهل الأصول . وأساس ذلك هو تأثره بنظرية المقاصد وهيمنتها على تفكيره، " فالأحكام الخمسة إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد، فإذا عريت عن المقاصد لم تتعلق بها"[1].

ومعنى هذا أن أفعال المكلفين وتروكهم إنما تتعلق بها الأحكام الشرعية التكليفية، إذا توفر فيها القصد . وأما ما وقع من غير قصد فهو بمثابة حركة العجماوات والجمادات..

[1] - الموافقات: (106/1).

وكأن الإمام بتقريره هذا يستدرك على ما استقر عليه الأصوليون في تعريفهم للحكم الشرعي بأنه" خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين" ويضيف قيدا جيدا وهو أن خطاب الله تعالى لا يتعلق بأفعال المكلفين إذا كانت خالية من القصد[1] .

وعلى هذا الأصل جرى في تناول مسائل المباح، فقرّر أن المباح عند الشارع:" هو المُخيّر فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم، لا على الفعل ولا على الترك" أو

هو:" ما خيّر الشارع فيه بين الفعل والترك ،بحيث لا يقصد فيه من جهة الشرع إقدام ولا إحجام"[2].

وكلامه هذا إنما هو في حقيقة المباح من حيث هو مباح ، فهذا لا يكون مطلوب الفعل ولا مطلوب الاجتناب ، بل فعله وتركه في قصد الشارع سواء. وعلى هذا فالمباح الذي استوى فيه طرفي الفعل والترك؛ بحيث لا يكون للشارع قصد في فعله ولا في تركه ،هو المباح المجرد عن الملابسات والمؤثرات ، أمّا إذا اعتبرنا جهة الملابسات والمؤثرات ،"فإنّ المباح يصير غير مباح بالمقاصد والأمور الخارجة"[3]، فقد يصير محبوبا ومطلوبا فعله إذا كان خادما لأصل ضروري أو حاجي أو تحسيني . وهذا كالتمتع بالطيبات من المأكل والمشرب والملبس ، وقد يصير مطلوبا تركه إذا صار فيه ضرر على أصل من الأصول الثلاثة ،كالطلاق لغير موجب فالطلاق مباح مشروع ولكن إذا صار يستعمل لغير ما شرع له فقد صار مضرا بعدة ضروريات وحاجيات، ومن هنا صار استعماله وإن كان مباحا في أصله تعسفا في مآله.. وهكذا الأمر في اللهو واللعب والراحة فهي أمور مباحة إذا لم يكن شيء منها محظورا بعينه ،وعليه إذا المباح وسيلة إلى ممنوع؛ فيترك من حيث هو وسيلة، لا من جهة أصله[4].

وهذا التأصيل إنما نظر مصلحي مقاصدي، لأنّ الشارع إنما وضع الشريعة على اعتبار المصالح باتفاق ، وقد تقرر أن المصالح المعتبرة

---

[1] - ينظر:الريسوني: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي.ط:4.الدار العالمية للكتاب الإسلامي،الرياض.1995م/1416ه. ص:(183).

[2] - الموافقات: (76/1).

[3] - نفس المصدر:(90/1).

[4] - نفس المصدر:(84/1).

هي الكليات دون الجزئيات، إذ مجاري العادات كذلك جرت الأحكام فيها..وعليه فالمباحات بحسب الكلية والجزئية تتجاذبها الأحكام البواقي ، وهذا أصل ثابت كما قال الشاطبي، فكل مباح ليس مباحا بإطلاق وإنما مباح بالجزء خاصة , وأما بالكل فهو إما مطلوب الفعل أو مطلوب الترك، وذلك بحسب الحالات المعينة لاستعمال المباحات في الحياة اليومية

للأفراد ، وبالنظر إلى دورها العام في المجتمع . فالشارع إذن:" لا قصد له في فعل المباح دون تركه ، ولا في تركه دون فعله، بل قصده جعله لخيرة المكلف . فما من المكلف من فعل أو ترك فذلك قصد الشارع بالنسبة إليه"[1].

والإمام الشاطبي في أثناء حديثه عن المباحات يقرر أن النعم التي بثها الله في الأرض وما أورد فيها من المنافع هي باقية على أصلها من الإذن،إلا أن المكلف لما وضع له فيها اختبار يناط به التكليف داخلتها من تلك الجهة الشوائب لا من جهة ما وضعت له أولا[2].

وقد استند الشاطبي لتقرير هذا الأصل إلى أدلة من العقل والنقل:

الأول: الدليل النقلي:

وحاصله من وجهين اثنيين:

أحدهما: ما ورد من الأمر بالتمتع بالطيبات،كقوله تعالى:(يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقۡنَٰكُمۡ وَٱشۡكُرُواْ لِلَّهِ إِن كُنتُمۡ إِيَّاهُ تَعۡبُدُونَ) [البقرة/172].وقوله:(يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُواْ مِمَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ حَلَٰلٗا طَيِّبٗا)[البقرة/168]. وأشباه ذلك مما دل الأمر به على قصد الاستعمال،فإن النعم المبسوطة في الأرض

لتمتعات العباد التي ذكرت المنة بها وقررت عليهم،فهم منها القصد إلى التنعم بها لكن بقيد الشكر عليها[3].

---

[1] - الموافقات:(88/1).

[2] - نفس المصدر:(164/3).

[3] - الموافقات:(89/1).

والثاني: أنه تعالى أنكر على من حرم شيئا مما بث في الأرض من الطيبات وجعل ذلك من أنواع ضلالهم فقال:(قُل مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزۡقِۚ قُلۡ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُواْ فِي ٱلۡحَيَوٰةِ ٱلدُّنۡيَا خَالِصَةٗ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ) .

[الأعراف/32].أي خلقت لأجلهم، وهذا ظاهر أيضا كما قال الشاطبي في القصد إلى استعمالها دون تركها[1].

الدليل العقلي:

وحاصله أن هذه النعم هدايا من الله للعبد ، ولا يليق بالعبد عدم قبول هدية سيده ، هذا غير لائق في محاسن العادات وفي مجاري الشرع ،بل قصدي المهدي أن تقبل هديته ،وهدية الله إلى العبد ما أنعم به عليه[2].

فالحريات العامة – المباحات- لا يصح أن يكون المكلف محاسبا عليها بإطلاق،وإلا لنقض الأصل الذي قعّده الإمام، لكن يحاسب المكلف على التقصير فيها،إما من جهة تناولها واكتسابها،وإما من جهة الاستعانة بها على التكليفات ،لأن هذه الحريات -كما يقول الإمام ابن عاشور[3]- "محدودة في نظام الاجتماع الإسلامي بما حددت به شريعة الإسلام أعمال الأمة الإسلامية في تصرفاتهم الفردية والجماعية في داخل البلاد ومع الأمم المجاورة والمتعاملة،من جلب مصلحة المسلمين ودرء المفسدة عنهم"[4].

على أنه يقال هنا: إن هذه الحريات العامة-المباحات- هي من المصالح الحاجية التي

---

[1] - نفس المصدر:(89/1).

[2] - نفس المصدر:(90/1).

[3] - ابن عاشور:هو محمد الطاهر،رئيس المفتيين المالكيين بتونس،وشيخ جامع الزيتونة ،مولده ووفاته بها.عين عام 1982م شيخا للإسلام مالكيا،وهو من أعضاء المجمعيين العربيين في دمشق والقاهرة،له مصنفات مطبوعة من اشهرها مقاصد الشريعة الإسلامية،واصول النظام الإجتماعي في الإسلام.والتحرير والتنوير.توفي سنة:1973م. الأعلام:(174/6).

[4] - ينظر:ابن عاشور:أصول النظام الاجتماعي في الإسلام.ط:1.دار النفائس ،الأردن.ت:1421ه/2001م.ص:(259)
مقاصد الشريعة الإسلامية.ص:(130).

تلي مرتبة الضروريات[1]، لأن موضع الإباحة فيها إنما هو في تخير أنواعها وأوقاتها، لا في أصل وضعها الكلي ،فمصالح المباح -كما يؤكد الشاطبي- من حيث هو مباح
مخيّر في تحصيلها وعدم تحصيلها، وهو دليل على أنها لا تبلغ مبلغ الضروريات ،وهي
كذلك أبدا، لأنها متى بلغت هذا المبلغ لم تبق مخيرا فيها[2]. ولا أدل على هذا الأمر، أن
أصل الحياة يقوم بدونها ، غير أنه يترتب على منعها إيقاع الناس في حرج ومشقة وضيق شديد ، ومن هنا كان مفتقرا إليها من حيث التوسعة عليهم، وتحقيقا لمكنة الانتفاع التي قصدها الشارع من وضعها، ولا معنى للمصالح الحاجية، إلا هذا..

وعلى هذا فالتخيير في المباح إنما ينحصر في تخير أنواع المباح وأوقاته، لا في أصله كما في الطعام؛ فعلى الإنسان أن يأكل لحفظ حياته ، لأن حق الحياة وحق الحرية كلها حريات، للإنسان حق الاستمتاع بها والمحافظة عليها، ولله هذا الحق أيضا؛ فلا يجوز إسقاطه , إذ ليس لأحد أن يقتل نفسه ولا أن يفوّت عضوا من أعضائه..وكذلك للرجل أن يتزوج أي امرأة شاء ما دامت تحل له، ولكن مطلوب
منه أن يتزوج إذا كان قادرا صحة ومؤنة، وللإنسان أن يلهو لهوا بريئا، لكن لا يقضي كل أوقاته في اللهو[3] .

وتأسيسا على ما أصله الشاطبي من أن الأصل فيما بثه الله على وجه الأرض الإباحة،تكون الحريات العامة من المباحات،وبذلك تكون مجالا رحبا لبحث التعسف
والنظر فيه..لأن هذه الحريات تدخل في تناول كل مباح ،ومن هنا كانت الإباحة أوسع ميدان لجولان حرية العمل،إذ ليس لأحد أن يمنع المباح عن أحد . ولكن هل

---

[1] - أما الضروريات: فهي التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا . بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم ،والرجوع بالخسران المبين. وأما الحاجيات: فهي المفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي غالبا إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين الحرج والمشقة". ينظر: الموافقات :(2/7-9).

[2] - الموافقات:(1/91).

[3]- الموافقات:(1/90).

هذه الحريات – وقد ثبتت إباحتها- الأصل فيها حرة الانتفاع مطلقا؟ أم أنها مقيدة بقصد الشارع في وضعها؟

الفرع الثاني: الحريات كالحقوق سواء بسواء

إذاً تقرر أن المباحات أو الحريات العامة التي من جملتها ما بث الله في الأرض من النعم والمنافع، باقية على الأصل الذي وضعت له، إلا أن المكلف لما وضع له فيها اختبار يناط به التكليف، داخلتها من تلك الجهة الشوائب لا من جهة ما وضعت له أولا [1].

ومعنى هذا أن النعم المبثوثة في الأرض للعباد لا يتعلق بها من حيث هي مدح ولا ذم ، "وإنما يتعلق بها من حيث تصرفات المكلفين فيها ، وتصرفات المكلفين بالنسبة إليها على السواء ، فإذا عدت نعما ومصالح من حيث تصرفات المكلفين؛ فهي معدودة نقما وفتنا بالنسبة إلى تصرفاتهم أيضا ، لكون هذه الأمور ممكنة في جهتي المصلحة والمفسدة معا"[2]. ومن هنا صارت نقما لا من جهة أصلها ، بل من جهة سوء تناولها **واستعمالها على غير الوجه المقصود فيها شرعا .**

لذلك نجد الشاطبي يصرّح أن تناول المباح قد يكون مذموما لا من جهة الأصل ،لأنه مأذون فيه.بل من جهة الانحراف عن التوسط والاعتدال فيقول:"إنه قد يؤخذ المباح من جهة قصد الشارع فيه،وهذا هو الأصل فيتناول على الوجه المشروع وينتفع به كذلك،ولا ينسى حق الله فيه لا في سوابقه ولا في لواحقه ولا في قرائنه،فإذا أخذ على هذا الوزن كان مباحا بالجزء مطلوبا بالكل،فإن المباحات إنما وضعها الشارع
للانتفاع بها على الإطلاق ؛بحيث لا تقدح في دنيا ولا دين،وهو الاقتصاد فيها،فإذا خرج المكلف بها عن ذلك الحد بأن تكون ضررا عليه في الدنيا أو في الدين كانت من
هذه الجهة مذمومة لأنها صدرت عن مراعاة وجوه الحقوق السابقة واللاحقة والمقارنة،فدخلت المفاسد بدلا عن المصالح"[3].

فالمباحات إذا سار في طريقها واستعملها في حدودها، فهي الباقية على أصل الإذن، فإن انحرف بها عن ما حدت به، فقد جرت إلى

---

[1] - الموافقات:(164/3).
[2] - نفس المصدر:(165/3).
[3] - الموافقات:(162/3).

المفاسد من هذه الجهة لاستعمالها في غير ما وضعت له ، وليس هذا إلا تأكيدا منه على أن الحريات في الشرع مقيدة وذات مصالح وغايات اجتماعية . ومن هنا وجب أن يكون استعمالها -قصدا أو مآلا- على نحو لا يناقض تلك المصالح أو يهدمها، والذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات..

وتأسيسا على هذا فإن تقييد الاستعمال كما يتناول الحقوق يشمل غيرها من الحريات سواء بسواء .باعتبار كل منهما يخوّل لصاحبه مكنة الانتفاع، وهذه المكنة إنما منحت من الشارع لتحقيق المصلحة التي قصدها في التشريع.

يقول-رحمه الله- مبينا ذلك : "وأما ما هو للعبد؛ فللعبد فيه الاختيار من حيث جعل الله ذلك له لا من جهة أنه مستقل بالاختيار .. فله الاختيار في أنواع المتناولات من المأكولات والمشروبات والملبوسات وغيرها مما هو حلال -حريات -،وفي أنواع البيوع والمعاملات والمطالبات بالحقوق؛ فله إسقاطها وله الاعتياض منها والتصرف فيما بيده من غير حجر عليه ،إذا كان تصرفه على ما ألف من محاسن العادات"[1]. فانظر كيف جمع بين الحريات والحقوق ،وجعل للعبد فيها الاختيار؛ لكن لا من جهة نفسه؛ بل من جهة ما حد الشارع ورسم له في تناولها،وليس هذا إلا تأكيدا منه على

أن الحريات مقيدة وذات مصالح اجتماعية ، ومن هنا وجب أن يكون استعمالها- قصدا أو مآلا- على نحو لا يناقض تلك المصالح أو يهدمها.

ومما يؤكد هذا المعنى أيضا أمور منها:

ما صرّح به الشاطبي في غير موضع من تعلق حق الله تعالى بالعادات-الحريات- رغم أن الأصل فيها كما قال أنها راجعة لحقوق العباد . منها قوله:" وفي العادات حق

الله من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لأن حق الغير محافظ عليه شرعا , ولا خيرة فيه للعبد فهو حق لله تعالى صرفا في حق الغير"[2].

وقال أيضا:" فالعاديات يتعلق بها حق الله من وجهين: من جهة الوضع الأول الكلي الداخل تحت الضروريات . والثاني من جهة الوضع التفصيلي الذي يقتضيه العدل بين الخلق وإجراء المصلحة على

[1] - نفس المصدر: (287/2).

[2] -الموافقات:(245/2).

وفق الحكمة البالغة"[1].ولا جريان للمصلحة وفق مقصد الشارع إذا أطلقت الحريات عن كل قيد، لأنها-والحالة هذه- قد يُنصرف بها عما حُدّ لها؛ فتجر إلى المفاسد من هذه الجهة لاستعمالها في غير ما وضعت له. ومن هنا صارت نقما لا من جهة أصلها ،بل من جهة سوء تناولها , واستعمالها على غير الوجه المقصود فيها شرعا **وهذا عين التعسف فيها** .

ومنها : ما جاء عن الشارع الحكيم في ذمّ من حرم العادات ومنها الطيبات, وجعله تعديا على حق الله تعالى, لأن العادات كما يقول الإمام :" هي أيضا من حق الله تعالى على النظر الكلي"[2].ومن هنا فلا يجوز تحريم ما أحل الله من الطيبات ،فقد قال الله تعالى:(يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَـٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمۡ وَلَا تَعۡتَدُوٓاْ) .[المائدة/87]. فذمهم الله على أشياء في الأنعام اخترعوها ،منها مجرد التحريم وهو المقصود هنا[3]. وعلى هذا فإذا جرى المكلف في استعمالها وفق ما حدّ له؛ لم يكن فيها من وجوه الذم شيء، أما إذا أخذها من داعي هواه ولم يراع ما حدّ له ،فقد صار استعماله لها مذموما من جهة الوجه الذي اتبع فيه هواه .وما أصدق قولة أبى إسحاق:"فإذا تأملت الحالة وجدت المذموم تصرف المكلف في النعم لا في أنفس النعم , إلا أنها لما كانت آلة- ذريعة -للحالة المذمومة ذمت من تلك الجهة"[4].

ومنها : وهو الأهم: **"الاستقراء"**

إن الشاطبي عند تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعا لجلب مصلحة أودرء مفسدة، يورد أمثلة من الحق بمعناه الخاص وأمثلة لمباحات أوحريات دون تفرقة بينهما .. حيث نجده يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبي بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج إليه المسجد من توسعة أرضه ، وبين تلقي

---

[1] - يقول الشيخ دراز: العادات فيها حق الله الصرف وهو النظر الكلي , فليس كل حق للعبد له إسقاطه , فالنفس للشخص حق المحافظة عليها . ولله ذلك الحق أيضا ولكنه لا يسقط إذا أسقطه العبد بتعريضها للتلف بل يؤاخذ المعتدي والمتعرض . وهكذا كل الضروريات من عقل ونسل ومال.درّاز. الموافقات: هامش: (245/2).

[2] - المصدر نفسه: (245/2).

[3] -المصدر نفسه: (245/2).

[4] - الموافقات: (163/3).

السلع وبيع الحاضر للباد للمصلحة العامة ، رغم أنّ الأول تصرف في حق الملكية والثاني من حرية التجارة. وفي هذا يقول:" اعتبار الضرر العام أولى؛ فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به, لأن المصالح العامة، مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للباد، واتفاق المسلمين على تضمين الصناع .. وقد زادوا في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم مما رضي أهله ومما لا . وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص"[1].

كذلك نجده في موضع آخر يمنع نكاح التحليل ويحرمه كما يحرم بيع العينة،وكلاهما مظهر من الحرية في التزويج والحرية في التجارة،كما يمنع هبة المال

قرب نهاية الحول فرارا من الزكاة- وهو تصرف في حق الملكية- بجامع أن كلا من هذه الأمور استعمال للحق أو الحرية في غير ما شرع[2] .

وتأسيسا على هذا : كانت أحكام الشرع على ما قرره الشاطبي ترتكز على قاعدة عامة هي أن الحريات يجب أن يكون استعمالها - كسبا وانتفاعا -مقيد بما لا يهدم مقاصد الشرع من جهة ،وبما يحفظ حق الغير من جهة أخرى .

أصل هذا كله:" أن يكون المكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته، فلا يكون كالبهيمة المسيّبة تعمل بهواها حتى يرتاض بلجام الشرع"[3].

وفي الأخير: وتخريجا لهده الفروع التي تبناها الشاطبي عند تفصيله لمراتب الضرر ووجدناه قد جمع فيها بين الحقوق والحريات العامة على السواء. أمكن القول بأن نطاق التعسف عنده كما يشمل الحقوق يشمل أيضا الحريات على السواء.

وصفوة القول : فإن استعمال الحريات على ما قرره الشاطبي محوط بسياج الحقوق، وتحديد مدى استعمالها مرده إلى مراعاة الحقوق التي تدحض الانطلاق في استعمال المكلف حريته كما يشاء .. ليحدد الشاطبي بذلك -هذه الحريات- على ضوء من مفهوم الصالح المشترك

---

[1] -نفس المصدر: (266/2).

[2] - نفس المصدر:(292/2).

[3]- الموافقات: (293/2).

للأمة الذي يحفظ كيانها ويقيم أركانها ، وتحت أصلها العام الذي وضعت الشريعة له، وهو جلب المصلحة للمسلمين ودرء المفسدة عنهم.

فكرة الحق قي القانون المدني الجزائري

لو دققنا النظر في مفهوم الحق في القانون المدني الجزائري , لوجدنا أصل النظر في تحديد طبيعته مبني على تحديد غاية هذا الحق، أي المصلحة التي أقرها المشرع وحماها عندما نص على ذلك الحق في القانون ..

ولا شك أن غاية التشريع هي دائما تحقيق مصلحة فردية أو عامة ، ولكن المشكلة- كما يقول الأستاذ إسحاق منصور[1] - قائمة في الجواب الذي نتلقاه لو سألناه غايته يوم أن أقر ذلك الحق وحماه ، هل كان يهدف لتحقيق مصلحة فردية لصاحب الحق تطبيقا للمذهب الفردي الحر؟ وهنا يعتبر الحق مطلقا لتحقيق مصلحة مشروعة لصاحبه ؟ أم أن المشرّع كان يهدف لتحقيق مصلحة اجتماعية للأفراد جميعا تطبيقا للمذهب الاشتراكي؟ وهنا يعتبر الحق كوظيفة اجتماعية فلا تجوز ممارسته إذا أخل بمصلحة مشروعة للغير .

والحقيقة: أنّ المشرّع الجزائري قد أخذ بالنظريات الحديثة في حل هذه المشكلة وزاوج بينها، فاعترف بالمصلحتين كل منهما على

[1] -ينظر: إسحاق إبراهيم منصور : نظريتا الحق والقانون وتطبيقاتهما في القوانيين الجزائرية.درط. ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر.ت:1996م. ص:(272).

استقلال . وقدّم المصلحة العامة على الخاصة عند استحكام التعارض، وحماها من التطرف والاستغلال الفردي .

ولعل أبرز مظهر لهذا النظر اعترافه بحق الملكية كمظهر من مظاهر حرية الفرد واستقلاله، مع تقييده لهذا الحق بما يمنع سوء استعماله وبما يحفظ حق الغير من الفرد أو المجتمع[1].

وقد أقر التقنيين المدني مبدأ الملكية معتبرا إيّاه حقا ذاتيا في تكوينه وخصائصه؛ حيث نصّت المادة 674ق،م على أن :" الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء

بشرط ألا يستعمله استعمالا تحرمه القوا نيين والأنظمة"[2].

وعلى هذا فحق الملكية من خلال مانصّت عليه المادة يقوم على أساس ذاتي في تكوينه وخصائصه مع تقييده بحسن الاستعمال وعدم التعسف فيه . وما الاستعمال الذي تحرمه القوا نيين والأنظمة إلا الاستبداد المطلق عن القيود الواردة لحفظ النظام العام والمصلحة العامة.

ويزيد هذا المعنى توكيدا ما نصت عليه المادة 690ق، م:" بأنه يجب على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري العمل بها، والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة للغير"[3].

فالأصل إذن في حق الملكية التقييد لا الإطلاق ، ومن هنا كان استعمال المالك لسلطات حقه ليس مطلقا وفق رغبته ومشيئته. وهذا التقييد هو الذي يؤصل المعنى الاجتماعي للحق بلا ريب ، ولا أدل على ذلك- أيضا- ما نصّت عليه المادة: 677ق،م:" لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون ، غير أنّ للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحق وق العينية العقارية للمنفعة العامة ، مقابل تعويض منصف وعادل"[4].

---

[1] -ينظر: الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق. ص: (358).

[2] - القانون المدني: وزارة العدل. الديوان الوطني للأشغال التربوية. ت:1991م. ص:(124).

[3] - القانون المدني، ص: (127).

[4] - القانون المدني،ص: (124).

فطبيعة الحق في التقنيين المدني الجزائري ليس فرديا صرفا على النحو الذي قام عليه المذهب الفردي ، ولا هو اجتماعي خالص لا يقيم للمصلحة الفردية اعتبارا ، بل جمع بين العنصرين الفردي والاجتماعي. واعترف بالمصلحتين كل منهما على استقلال وقدّم المصالح العامة على الخاصة عند استحكام التعارض[1]، وحماها من التطرف

والاستغلال الفردي، لكنه بالمقابل حافظ على حق الفرد وشرع له التعويض الذي يرفع عنه الضرر الخاص اللاحق به. فتقييد الاستعمال على الوجه الذي لا يحرمه
القانون مما يدرأ الضرر عن الغير من الفرد والمجتمع، وبذلك يحقق التكافل الاجتماعي على وجه الإلزام،وهذا هو المعنى الاجتماعي للحق..

ويقصد بالحقوق في نطاق التعسف الحقوق المعينة أو المحددة ، أي تلك السلطات الخاصة التي يعترف بها القانون للأشخاص على وجه التخصيص ، ويخول لهم الحصول على ميزات معينة من الأشياء، كحقوق في ملكية عين من الأعيان، أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في طلاق زوجته[2]..

---

[1] - الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق. ص:(363/358).

[2] - بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري. درط. ديوان المطبوعات الجامعية . بن عكنون الجزائر.ص: (137/2).

وفي خاتمة هذا المبحث الذي تمّ من خلاله تحديد النطاق العام للتعسف يمكن استخلاص النتائج التالية:

أولا: الشريعة عند أبي إسحاق هي أساس الحقوق ، وليست الحقوق أساس الشريعة. مرد ذلك كله أن الحق منحة ربانية ، وإذا كان الحق منحة ربانية فليس للمكلف الاختيار فيه إلا فيما أذن له الشارع ، أي من حيث جعل له ذلك ، فالأصل فيه التقييد بما لا يضر بالغير، وبما يحفظ مقصود الشارع في شرعه.

ثانيا:والحقوق إذن وسائل شرعت لتحقيق معان هي المصالح التي قصدها الشارع في التشريع ،ونتيجة لذلك فإن الحقوق ليست مقصودة لذاتها حتى تكون مصدر سلطات مطلقة يتمتع بها أربابها بقطع النظر عن أهدافها وغاياتها وعن تحري الوسائل اللازمة للإفضاء بها إلى تلك الغايات ..

ثالثا: فكرة الحق عند الإمام تقوم على أساسين فردي واجتماعي في آن واحد ، لأن مراعاة حق الغير من النظام الشرعي العام . فالحق الفردي عند الشاطبي حق مشترك وليس فرديا خالصا ، لأن الصالح العام مراعى في كل حق فردي ، لتكون له بذلك وظيفة اجتماعية ،وليس هو بذاته وظيفة اجتماعية , فالحقوق إذن ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية. وهي في نفس الوقت وسائل لتحقيق غاية مزدوجة تتضمن المصلحة الفردية والمصلحة العامة.

رابعا:الحريات العامة كالحقوق سواء بسواء ، فالشريعة أساس كل رخصة كما هي أساس كل حق ، ومن هنا كانت الحريات مقيدة وذات غاية ومصالح اجتماعية، فتعين أن يكون استعمالها ـ قصدا أو مآلا ـ على نحو لا يناقض تلك المصالح أو يهدمها، والذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات .

المبحث الثاني:أصل الباعث في التصرفات

أقام الشاطبي تصرفات المكلفين حتى العاديات منها على أساس فكرة القصد أو الإرادة،مقرّرا أنّ المقاصد الشرعية هي التي تحدّد مصير الأفعال التي يقوم بها المكلف ، ومن هنا ودرءا لطغيان الإرادة في مناقضة التشريع ، أرسى الشاطبي فكرة الباعث كقيد يرد على تصرفات ،حتى لا تناقض مقاصد التشريع في تلك التصرفات...

وباعتبار أنّ نظرية التعسف تمثل النزعة الخلقية في التشريع الإسلامي ، كان القصد في الأفعال ، أو الباعث على التصرفات من الأصول التي بنى عليها أبو إسحاق نظريته هذه، ولبيان هذا الأصل يجب أولا معرفة المكانة التي يعطيها الشاطبي لهذه الإرادة،ثم بيان مدى تأثير الباعث الذي يحركها في التصرفات.ولكن قبل الخوض في ذلك يكون من المناسب إلقاء نظرة ولو موجزة حول مفهوم الباعث في الشريعة عموما ،حتى يتضح بعد ذلك تأصيل الشاطبي كما يرام.ومن هنا ستكون الدراسة في ثلاثة مطالب تحريرها كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم الباعث في الشريعة الإسلامية

لما كان الفقه الإسلامي فقه ديني الصبغة ؛يقيم للمبادئ الخلقية المقام الأول في التشريع، اعتنى بالبواعث النفسية التي تحرك الإرادة وتقوّمها،حتى لا تتحرك هذه الإرادة نحو تحقيق غايات غير التي قصدها الشارع في التشريع ،ومن هنا وجب النظر في هذه البواعث التي توجه الإرادة وتحركها؛والمقصود من هذا المطلب تحديد مفهوم وبيان مكانته في الشريعة الإسلامية وذلك في فرعيين اثنيين:

الفرع الأول: حقيقة الباعث:

لتحديد حقيقة الباعث لا بدّ أولا من بيان حقيقته لغة ثم اصطلاحا ، ثمّ التمييز بينه وبين ما يلتبس به من مصطلحات،وذلك على النحو الآتي:

أولا:حقيقة الباعث لغة:

الباعث لغة: قال ابن فارس[1]:"الباء والعين والثاء أصل واحد وهو الإثارة, ويقال بعثت الناقة إذا أثرتها". وبعث الجند يبعثُهم بعثا:وجّههم ،وبعثه على الشيء حمله على فعله. وانبعث الشيء وتبعّث : اندفع[1].

[1]-ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ،(266/1).

فحاصل المعنى اللغوي للباعث الإثارة والإيقاظ والحمل على الشيء ،وهذا المعنى الأخير أقرب للاصطلاح.

ثانيا:حقيقته اصطلاحا:

أمّا اصطلاحا فلا يخرج عن معناه اللغوي . وقد عرّفه الدكتور عبد الحي حجازي بأنه: وسيلة احتياطية يقصد بها إبطال عقد يستهدف بوسائل مشروعة نتائج غير مشروعة"[2]. وهو يريد بالوسيلة الاحتياطية ألا يكون هناك وسيلة أخرى لإبطال العقد ، فإذا كان القصد باطلا من الناحية الفنية، فإنّه لا داعي للبحث عن الباعث .إلاّ أنه قد يؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع ، لأنه يقصر أثر هذا الباعث على العقل فقط، بينما الباعث يشمل كل تصرفات الإنسان[3] .

وعرّفه الأستاذ الدرديني: بأنه الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر ، أي الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع، أو إلى التحيّل على إبطال المصالح الشرعية المعتبرة، أو مناقضة مقاصد التشريع وروحه العامة[4].

ويبدو من خلال تعريف الأستاذ أن الباعث هو القصد الدافع للمتعاقد أو المتصرف أن يحقق بتصرفه أغراضا وغايات غير مباشرة، فالباعث على هذا أمر نفسي ذاتي خفي , وخارج عن نطاق التعاقد ، لأنه ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته ولا شرطا يتوقف عليه وجوده , وإذا كان الباعث أمرا ذاتيا، فهو متغير ونسبي أي يختلف باختلاف الأشخاص[5].

والحاصل في هذا : أنّ الأمر النفسي الذي يحرّك الإرادة ويبعثها لتحقيق تصرف معين بحيث يكون التصرف كالوسيلة له ،حتى إذا نفذ عن طريق التصرف كان غاية

---

[1]- ينظر: ابن منظور: لسان العرب،(223/1).

[2] -ينظر : حليمة آية حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. ط:1.درا الحداثة للطباعة والنشر، بيروت لبنان. ت:1986م.ص:(35).

[3]- المرجع نفسه.

[4]-الدريني: الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب.درط.مطبعة طبرين. ت:1979ه/1980م.ص:(573).

[5]- الدريني: نفس المرجع،ص: (574).

ومآلا حسيا قائما،هو ما اصطلح عليه بالباعث[1]،لأنه في الحقيقة وسيلة لإبطال التصرفات التي ظاهرها الجواز ويقصد بها الوصول إلى غاية غير مشروعة[2].

يظهر من خلال ما سبق أن النسبة بين الحقيقتين هي نسبة عموم وخصوص مطلق ،لأن الباعث لغة يطلق على الدافع أو الحامل على الشيء أيا كان،في يختص في عرف الاصطلاح بالدافع الذي يحرك الإرادة لتحقيق تصرف معين ،والله أعلم.

ثالثا: التمييز بين الباعث وما يشتبه به

توجد عدة ألفاظ ذات صلة بالباعث وقد تشتبه به منها :النية والقصد والإرادة. وفيما يلي معنى كل لفظ منها:

1: **النية**:وهي لغة: الوجه يذهب فيه ,ومعناها القصد لبلد غير البلد الذي أنت فيه, والنّوى:الوجه الذي نقصده[3].

أما اصطلاحا: عرّفها القرافي فقال:"قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله"[4] .

وعرّفها النووي[5] فقال:"عزم القلب على عمل فرض أو غيره"[6] .

2: **القصد**: والقصد لغة: قال ابن فارس: القاف والصاد والدال أصول ثلاثة يدل أحدها على إتيان شيء وأمه., والآخر على اكتناز في الشيء . فالأول قصدته قصدا ومقصدا ، والثاني: من الناقة القصيد: أي المكتنزة الممتلئة لحما[7].

أما اصطلاحا: فقيل : الدّوافع والدّواعي التي تجعل المكلف يتجه بما يصدر عنه إليها[8].

---

[1] - محمد عثمان بشير: القواعد الكلية والضوابط،ص:(81).

[2] -آيت حمودي: نظرية الباعث،ص:(37).

[3] - ابن منظور: لسان العرب. مادة نوي. (284/6).

[4] - القرافي: الذخيرة. ت: محمد حجي. ط:1. دار الغرب الإسلامي. بيروت.ت:1999م.(240/1).

[5] - النووي هو: يحي بن شرف الدين الحزامي الحوراني النووي الشافعي. أبو زكريا محي الدين. علامة بالفقه والحديث مولده ووفاته في نوا. تعلم في دمشق. وأقام بها زمنا طويلا . من كتبه: تهذيب الأسماء واللغات. منهاج الطالبين. شرح مسلم. المجموع شرح المهذب. توفي سنة: 676ه. ينظر: السبكي: طبقات الشافعية الكبرى.ت:الطناحي،عبد الفتاح الحلو.درط.د/ت.(395/8). الإسنوي: طبقات الشافعية.ط:1.دار الفكر.بيروت.لبنان.ت:1416ه/1996م. ص:(407). الزركلي: الأعلام.(149/8).

[6] -النووي: المجموع. ت: محمود مطرجي. درط. دارالفكر،بيروت.ت:1421ه/2000م.(378/1).

[7] - ابن فارس:معجم مقاييس اللغة.مادة قصد. (95/5).

[8] - عثمان بشير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية. ص:(95).

3: **الإرادة**:والإرادة لغة: من الرّود، وهو يدل على مجيء وذهاب من انطلاق في جهة واحدة ، تقول: راودته على أن يفعل كذا إذا أردته على فعله[1].

أما اصطلاحا: فهي نزوع النفس وميلها إلى الفعل بحيث يحملها عليه،فالإرادة معناها اتجاه النفس إلى شيء ما لاعتقادها بأن هذا الشيء مشبع لإحدى حاجاتها ، وهذا الاعتقاد هو المصلحة[2].

والنية والقصد والإرادة متقاربة، يجمعها معنى قصد الشيء وعزم القلب عليه، أي إنها تدل على تعيين العمل والتوجه نحوه لفعل أو ترك أو نفي أو إثبات، ومن هنا يطلق الأصوليون والفقهاء لفظ المقاصد،ويريدون به النيات كما في القاعدة الكلية " الأمور بمقاصدها "،أي أن الأفعال والتصرفات تختلف أحكامها باختلاف النيات المرادة منها،وإنّما فرّق من فرّق بين الإرادة والنيّة والقصد ؛لظنهم اختصاص النية بالمعنى الأول الذي يذكره الفقهاء[3].

ومن خلال مفهوم الباعث وتعريف الإرادة:يتبين أنّ الإرادة (النية) أعمّ من الباعث ، إذ هو قسم خاص منها..،فالإرادة هي السبب المنشئ للالتزام،أمّا الباعث فهو السبب الدافع لهذه الإرادة أن تنشئ التزاما ،وإذا كان كل من الباعث والإرادة أمرين ذاتيين ؛إلا أن الفارق الأساسي بينهما أنّ الإرادة داخلة في دائرة التعاقد ،بينما الباعث وبكونه أمرا نفسيا لا يدل على شيء موضوعي،فهو بذلك خارج عن دائرة التعاقد[4].

وعلى هذا: فالنية والإرادة تكون لهما علاقة تنظيمية لا تنفصل عن التصرف, فبدون هذه النية لا يمكن للتصرف أن يعرف الوجود , لأنها تُشكل جوهر التصرف وقيمته الدائمة, بينما السبب الدافع أو الباعث يكون قابلا للتغير في تصرف واحد إلى ما لا نهاية لأنه خارج عن التصرف، هذا من جهة..

---

[1] -ينظر: ابن فارس:المصدر السابق.(457/2).

[2] -ينظر: عثمان بشير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية.ص:(95).-رمسيس بهنام:فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية في النظرية العامة للجريمة والعقاب.مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية.العدد:2/1.ت:1952م.جامعة الإسكندرية.ص:(49).

[3] - ينظر:مصطفى مخدوم : قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية. ط:1. دار اشبيليا. الرياض.ت:1999م. ص: (39).وهبة الزحيلي:النية والباعث في فقه العبادات والعقود.مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية.العدد:3.ت:1405ه/1985م.جامعة الكويت.ص:(71).

[4] - ينظر: خالد بابكر : الباعث وأثره في العقود والتصرفات.ص:(19/18).

ومن جهة ثانية فإن البواعث تكشف عن النية، في حين أن النية لا يمكن أن تكشف عن البواعث ؛بل البواعث تعطي للنية صبغة خاصة وتحدد لها معناها الحقيقي فتكون النية سيئة أو محمودة بحسب الأسباب المنشئة لها .. فالبواعث إذن هي التي تعيب الإرادة أو تصفيها[1].

لكن رغم هذا التباين ؛إلا إننا نجد بعض الفقهاء يطلقون القصد ويريدون به الباعث أو الدافع للتصرف[2].وعلى هذا سار الإمام الشاطبي كما سيأتي تقرير ذالك..

الفرع الثاني

الباعث كأصل خلقي يقيد الإرادة في التصرفات:

لما كان الفقه الإسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والأدبية المقام الأول في تشريعه, لسبب بسيط هو أنه فقه ديني الصبغة، فليس غريبا على فقه هذه مبادئه أن يعني بالبواعث النفسية والمبادئ الخلقية، ومن هنا كان الفقه الإسلامي تقويميا يتعلق بالإرادة ويوجهها، ويطهر الباعث كي لا يحرك الإرادة إلى تحقيق غايات غير مشروعة تناقض مقاصد الشارع وتهدم قواعده تحت ستار الحق[3].

وقد تظاهرت الآيات والأحاديث على تقرير هذا الأصل . منها قوله تعالى:(وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ) [المائدة/02] وقوله: (وَيُؤۡثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمۡ وَلَوۡ كَانَ بِهِمۡ خَصَاصَةٌ)[الحشر/09] . وكذا

---

[1] - حليمة آيت حمودي: نظرية الباعث.ص:(13).

[2] - وهو اصطلاح جرى عليه الأقدمون، خاصة كابن رجب الحنبلي وابن القيم وشيخ الإسلام . ينظر: جامع العلوم والحكم:ط:1.دار ابن حزم. 1418ه/1997م.ص:(18). ابن القيم: : إعلام الموقعين عن رب العالمين. ت: عبد السلام هارون.د:ط. دار الكتب العلمية . بيروت، لبنان.ت:1417ه/1996م. (90/89/3).ابن تيمية: مجموع الفتاوى. ت: عامر الجواز- أنور الباز.ط:2. دار الوفاء للطباعة والنشر. المنصورة القاهرة. 2001/1422. (94/32) وما بعدها.

[3] - الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده:ص:(84).

حديث :«لاَ ضَرَرَ ولاَ ضِرَارَ»[1] . وهكذا فإن الفقه الإسلامي يمزج بين قواعد التشريع وقواعد الأخلاق, وهذا لا يضيره في شيء، بل على العكس، إذ إن هذا المزج بين الأخلاق والتشريع يكون أمس بالوجدان وهذا من شأنه أن يقلل الفرار من أحكام الشريعة[2].

ذلك أنّ الأخلاق في الإسلام جزء من العقيدة ومصدر من مصادر الإلزام . والشريعة إذ تروض الناس على الخير، تحول دون أكل مال الغير دون حق.. فالأخلاق في الإسلام عندما تلزم يكون إلزاميا شرعيا لا التزاما وضعيا[3] .

وتقويم الإرادة كيلا تنتكب المقصد الشرعي للحق وتعتسف طريقه , يكون عن طريق إلقاء فكرة الباعث قيدا ورقيبا كي لا يثني هذه الإرادة من تحقيق مقاصد الشارع وذلك بإبطال التصرف إذا كان غير مشروع. والفقه الإسلامي بما هو مشبع بالروح الدينية والخلقية فلا يستغرب ظهور مثل هذه النظرية فيه[4]. ويمكن استخلاص هذه النظرية من قواعد مؤصلة في الشرع كقاعدة الأمور بمقاصدها[5].. وقاعدة الذرائع التي حكمها مالك في أكثر أبواب الفقه، وقاعدة الحيل التي مآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع .

فحسن النية وسوؤها وشرف الباعث وطهارته من صميم الخصال الخلقية، وقد جعلها أصوليوا الفقه الإسلامي والمحققون من الفقهاء روح التصرف في العقد ومصححه ومبطله[6] .

ومما يؤكد أن المبادئ الخلقية تمثل حجر الزاوية في الفقه الإسلامي" أن العمل مطلقا عبادة"، ولذا اشترط الأصوليون ألا تقتصر نية المباشر للعمل – حقا كان أم إباحة-

على توخي المصلحة الذاتية التي شُرع من أجلها العمل،لأن هذا لا يخرجه عن كونه مبتغيا حظا مجردا من حظوظ الدنيا،بل لا بد وأن ينوي امتثال أمر الله ونهيه[1].

---

[1] - سيأتي تخريجه كاملا في الصفحة:(204).

[2] -آيت حمودي: نظرية الباعث،ص:(51).

[3] -محمد سعد شتا: بحوث في الشريعة الإسلامية، ص:(106).

[4] - ينظر:حمودي، نظرية الباعث،ص:(28). الدريني :الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،ص:(85).

[5] - ينظر: ابن نجيم الحنفي :الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة.ط:1.مكتبة نزار مصطفى الباز. الرياض. السعودية. ت:1417ه/1996م.(31/1).

[6] -ابن القيّم: إعلام الموقعين:(91/3).

وإذا كانت القيم الخلقية تمثل هذا الجانب في الفقه الإسلامي، فإن المزج بينها وبين المبادىء التشريعية أمر تقتضيه طبيعة هذا الفقه وروحه.. هذا المزج الذي ظل يسعى إليه فقهاء القانون الوضعي، ولا يزال حلما من أحلامهم. وهذا ما عبر عنه الفقيه الفرنسي جوسران قائلا:"إن الحدود بين القانون والأخلاق لم يوجد إلا في مخيلة بعض الفقهاء، والدليل على ذلك ما في التعاريف التي وضعوها لهذين العلمين لتوضيح الفرق بينهما من بعد عن الدقة، وتصنّع يوضح الحيرة التي وقع فيها أصحابها، والعنت الذي يلاقونه في الفصل بين هاتين الفكرتين المنتميتين إلى كل واحد، إذ مبادئ القانون ما هي إلا البوتقة التي يصاغ فيها القانون عن طريق التشريع والعرف والعادة"[2]. وبذلك أمكن القول بأن الفقه الإسلامي خلق وتشريع, لذا وجدت نظرية التعسف فيه أرضا خصبة لأنها تعتمد أساسا على هذا العنصر النفسي أو الخلقي..

كانت هذه نظرة مختصرة لأصل الباعث في التصرفات ،والسؤال الآن: كيف جعل الشاطبي منه أساسا بنى عليه نظرية التعسف؟للإجابة على هذا لا بدّ من طرح استفسارين اثنيين هما:

أولا: هل أقام الشاطبي تصرفات المكلفين على أساس فكرة القصد أو الإرادة،ليكون للإرادة مكانة في تصرفات المكلفين؟

ثانيا:إذا كان الجواب نعم،فهل أطلق الشاطبي هذه الإرادة عن كلّ قيد؟أم أنّه ألقى فكرة الباعث عليها قيدا ورقيبا، تحقيقا منه لمقاصد الشارع في التشريع؟

الجواب عن كلّ هذا فيما يلي:

المطلب الثاني: مكانة الإرادة في التصرفات

أقام الشاطبي تصرفات المكلفين حتى العاديات- أي المعاملات- بوجه خاص على أساس فكرة القصد أو الإرادة.. مقررا أن المقاصد الشرعية هي التي تحدد مصير الأفعال التي يقوم بها المكلف...ولبيان مكانة الإرادة لابد أولا من تحديد مدى اعتبارها ثم تقييدها للتصرفات..

الفرع الأول: المقاصد معتبرة في التصرفات

---

[1] -الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده: ص:(99).

[2] - جوسران: روح الحقوق ونسبيتها. نقلا عن :حمودي، نظرية الباعث، ص:(51).

كشف الشاطبي عن صلة الأحكام التي – هي وسائل- بمقاصد المكلفين, فجعل قصد المكلف أهم من العمل الذي يقوم به، بل إن العمل الواحد قد يكون خيرا وقد يكون شرا بحسب القصد، فالقصد لب الأعمال حتى إن العمل لا يتعلق به حكم إلا بحسب القصد الذي كان باعثا عليه[1] , **" لأن الأعمال بالنيات , والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات"**[2]كما يقول الإمام.

وقد استند في تقرير هذا الأصل إلى دليلين اثنين:

أولا: الدليل النقلي:

فقد تظاهرت الآيات والأحاديث على تقرير هذا المعنى حتى صار أوضح في نفسه من أن يستدل عليه. ومن الآيات:(وَمَا أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ حُنَفَآءَ)[البينة/5].وقوله: (مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ) [النحل/106].وقوله تعالى: (وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ)

[البقرة/231].

ومن الأحاديث: قوله عليه الصلاة والسلام: «إنّمَا الأعمَال بالنيّات، وَإنّما لكلّ امرئٍ مانَوَى»[3].

وقال عليه الصلاة والسلام: « مَن قَاتلَ لِتكونَ كَلِمةُ اللهِ هيَ العُلَيَا،فهوَ في سبيلِ اللهِ عز ّوَجَلّ»[4].«وأباح عليه الصلاة والسلام للمحرم أكل لحم الصيد ما لم يصِدهُ أو يُصَد له»[5].

---

[1] - ينظر:العبيدي: الشاطبي ومقاصد الشريعة. ط:1. دار قتيبة. بيروت، لبنان .ت: 1992م. ص:(157).

[2] - الموافقات: (246/2).

[3] - أخرجه من رواية عمر بن الخطاب: البخاري:كتاب بدء الوحي. باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. رقم:1. (3/1).مسلم:كتاب الإمارة.باب قول النبي صلى الله عليه وسلم:"إنما الأعمال بالنية"وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال.رقم:(1907).(1204/3). واللفظ للبخاري.

[4] - أخرجه من حديث أبي موسى الأشعري:البخاري: كتاب العلم. باب من سأل وهو قائم عالما جالسا. رقم: (123). (49/1). مسلم:كتاب الإمارة.باب من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله.رقم:(1904).(1202/3). واللفظ للبخاري.

[5] - أصل الحديث من رواية أبي قتادة الأنصاري- رضي الله عنه- وفيه:فقال النبي صلى الله عليه وسلم:"إنما هي طعمة أطعمكموها الله".أخرجه:البخاري:كتاب الذبائح والصيد والتسمية على الصيد.باب ما جاء في التصيد.رقم:(5409).

(574/6). مسلم: كتاب الحج. باب تحريم الصيد للمحرم. رقم:(1196).(699/2). واللفظ لهما.

وجه الدلالة:

فهذه الأدلة تدل على أن مدار التصرفات على الباعث الدافع إليها، عملا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات»،وهذا الحديث أصل لقاعدة الأمور بمقاصدها، التي تنصّ على أن الأحكام الشرعية في أمور الناس ومعاملاتهم تتكيّف حسب مقصودهم أي نياتهم,بمعنى أن الحكم الشرعي الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو مقصود من ذلك الأمر[1]. فقد يعمل الإنسان عملا بقصد معين فيترتب على عمله حكما معينا. وقد يعمل نفس العمل بقصد آخر فيترتب على

عمله حكم آخر فكما أن الفعل يتكيف حكمه في أحكام الدنيا بناء على قصد صاحبه؛ فكذالك يتغير حكمه من جهة وصفه بالحل والحرمة بناء على قصد فاعله[2].

الدليل العقلي:

وبيانه :أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة. وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب وفي العادات بين الواجب والمندوب والمباح والمكروه والمحرم

والصحيح والفاسد وغير ذلك من الأحكام. وأيضا فإن العمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية , وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها[3].

فالأحكام الخمسة إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد؛ فإذا عريت عن المقاصد،لم تتعلق بها[4].

ولم يكتف الشاطبي بسرد هذه الأدلة لتقرير أصله؛ بل زاد في توكيده عند رده على من زعم أن المقاصد وإن اعتبرت على الجملة فليست معتبرة على الإطلاق. مستندين في ذالك إلى ثلاثة وجوه:

---

[1] - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام. درط. دار الكتب العلمية. بيروت لبنان.د:ت.(17/1).

[2] -ينظر: عبد الكريم زيدان: الوجيز في شرح القواعد الفقهية. ط:1.مؤسسة الرسالة . بيروت لبنان. ت: 2003م. ص:(12).الأشقر:عمر سليمان.مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين.ط:2.دار النفائس، الأردن.ت:1411ه/1991م.ص:(64).

[3] - ينظر: الموافقات:(246/2).

[4] - الموافقات: (106/1).

الأوّل: الأعمال التي يجب الإكراه عليها شرعا:فإن المكره على الفعل يعطي ظاهره أنه لا يقصد فيما أكره عليه امتثال أمر الشارع. وإذا فعله وهو قاصد لدفع العذاب على نفسه فهو غير قاصد[1] ،وانخرم الأصل إذن.

الثاني:ما قرره الفقهاء من أن العادات لا يحتاج فيها إلى نية , ومجرد وقوعها كافة كرد الوقائع والمغصوب، والنفقة على الزوجات والعيال.. بل يوجد من العبادات مالا يشترط فيه النية، وخلاف أهل العلم في هذا شهير.. حتى قال جماعة[2] منهم بعدم اشتراط النية في الوضوء وكذالك الصوم والزكاة. فكيف يطلق القول بأن المقاصد معتبرة في التصرفات؟

وأخيرا: فإن من الأعمال مالا يتصور فيه قصد الامتثال عقلا، كالنظر الأول المفضي إلى العلم بوجود الصانع والعلم بما لا يتمكن الإيمان إلا به . وقصد الامتثال في هذا محال حسبما قرره العلماء[3] ..

هذا حاصل ما اعترضوا به.. ويجيب الشاطبي على هذا مُجملا ومفصّلا فيقول :

إن المقاصد المتعلقة بالأعمال ضربان: ضرب من ضرورة كل فاعل مختار من حيث هو مختار, وفي هذا يصح أن يقال إن كل عمل معتبر فيه بنيته شرعا. وضرب ليس من ضرورة كل فعل وإنما هو من ضروريات التعبديات من حيث هي تعبديات, وعلى هذا فالأعمال كلها الداخلة تحت الاختيار لا تصير تعبدية إلا بالقصد إلى ذلك.. وأما العاديات فلا تكون تعبديات إلا بالنيات[4] . هذا مجمل جوابه.

أما مفصّلُه فبالكلام على تفاصيل ما اعتُرض به فيقال:

1:أما الإكراه على الواجبات فما كان منها غير مفتقر إلى نية التعبد وقصد الامتثال فلا يصح فيه عبادة, إلا إنه قد حصلت فائدته فتسقط به المطالبة شرعا،كأخذ الأموال من أيدي الغصّاب. وما افتقر منها إلى نية التعبد فلا يجزئ فعلها بالنسبة إلى المكره في

---

[1] -الموافقات:(247/2).

[2] - قال ابن رجب: ذهب طائفة من العلماء إلى أن الصيام لا يحتاج إلى نية تعيينه، وهو رواية عن الإمام أحمد وربما حكي عن بعضهم أن صيام رمضان لا يحتاج إلى نية بالكلية لتعيينه بنفسه، وحكي عن الأوزاعي أن الزكاة كذلك.. وأما الطهارة فالخلاف في اشتراط النية لها مشهور ". ينظر: جامع العلوم والحكم.ص:(29/28).

[3] - الموافقات: (248/2).وينظر: الأشقر: المرجع السابق. ص:(72).

[4] - الموافقات: (249/2).

خاصة نفسه حتى يذوي القربة؛ كالإكراه على الصلاة، لكن المطالبة تسقط عنه في ظاهر الحكم فلا يطالبه الحاكم بإعادتها[1].

2: وأما العاديات فلا تكون عبادات ولا معتبرات في الثواب إلا مع قصد الامتثال, وإلا كانت باطلة في عدم ترتب الثواب عليها في الآخرة. وأما ما ذكر من العبادات فإنما نفى من نفى اشتراط النية فيها بناء على أنها كالعاديات في معقولية المعنى، وإنما تشترط النية فيما كان غير معقول المعنى. والطهارة والزكاة من ذالك[2].

من هذا كله: تتبين فكرة أساسية كان الشاطبي يحكمها في ضبط هذه القواعد المتعلقة بالمقاصد والأحكام. وترجع هذه القواعد إلى أصل واحد هو أن المقاصد هي التي تحدد مصير الأفعال التي يقوم بها المكلف[3]. ومعنى هذا أن كل عمل أريد به من الغايات غير ما شرع له فهو باطل ،لأن هذا العمل يصيّر ما انعقد سببا لحكم شرعي جلبا لمصلحة أو درء لمفسدة عبثا لا حكمة من ورائه ولا منفعة فيه[4]. "

فالنيات إذن هي أساس أعمال الإنسان كلها فبها يكون صلاحها وبها يكون فسادها، وعلى أساسها يجني الإنسان ثمرات أعماله إن خيرا فخير وإن شرّا فشر،ولذا فإنه لا يجوز الفصل بين النية وبين أعمال الإنسان"[5].

والشاطبي في تأصيل هذا كله وتقرير العمل به ،لم يأت ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها،وقد سار على هذا المهيع كثير من الأصوليين والفقهاء الذين أقاموا التصرفات وأعملوها على أساس المقاصد كابن رجب الحنبلي[6]وابن تيمية وابن القيم. وهذان الأخيران قد

---

[1] - الموافقات:(250/2).

[2] - المصدر نفسه.

[3] - ولما كانت النية لها هذه السمة الجوهرية في كل تصرفات الإنسان وأعماله, فليس صحيحا ما ذهب إليه البعض من أن هناك تعبيرا عن الإرادة مجردا عن النية. لأنه حتى لو كان هناك تصرف لا ينعقد إلا باللفظ. فإنه لا قوام للعمل أو التصرف ذاته بدون انصراف النية إليه. ينظر: سعد أبو شتا: بحوث في الشريعة الإ سلامية.ص:(68).

[4] - العبيدي: الشاطبي ومقاصد الشريعة، ص:(162).

[5] - سعد أبو شتا: المرجع السابق: ص: (72).

[6] - ابن رجب :هو أبو الفرج عبد الرحمان ابن رجب الحنبلي البغدادي ثم الدمشقي زين الدين حافظ للحديث ولد في بغداد ونشأ وتوفي بدمشق. من كتبه شرح علل الترمذي. جامع العلوم والحكم . فتح الباري شرح صحيح البخاري. وأهوال القبور وغيرها..توفي سنة: 795ه. ينظر- الزركلي: الأعلام:(3/ 295).

قد حملا لواء فكرة الباعث وإعمالها في التصرفات ودافعا عنها دفاعا قويا يستند إلى روح الشريعة ومقاصدها العامة.

يقول شيخ الإسلام[1]: " إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فيجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو
فاسدا, أو صحيحا من وجه فاسدا من وجه،كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة[2].
وهو بهذا يجعل من اعتبار المقاصد قاعدة أصل لها وساق لها من الأدلة التي لا تحصر, وهو ما ينفك في المجموع يرجع الأحكام إليها، وعلى أساسها أبطل الحيل ونكاح المحلل إذا قصد التحليل والمخالع بخلع اليمين[3].

وقال ابن القيم[4]: "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات
معتبرة في التصرفات والعبارات ،كما هي معتبرة في التقربات والعبادات. فالقصد

---

[1] - شيخ الإسلام: أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني الدمشقي الحنبلي. تقي الدين الإمام شيخ الإسلام، ولد في حران وتحول به أبوه إلى دمشق فنبغ واشتهر . اعتقل بدمشق سنة 720ه. ثم أطلق وأعيد فمات معتقلا بقلعة دمشق . فخرجت دمشق كلها في جنازته . كان آية في التفسير والأصول من مؤلفاته: مجموع الفتاوى. السياسة الشرعية . توفي سنة: 728ه. ينظر:-ابن حجر: الدرر الكامنة،ت:محمد جاد الحق.د:ط.أم القرى، القاهرة.د:ت.(154/1). الكتبي: فوات الوفيات.ت:إحسان عباس.د:ط.دار صادر بيروت.د:ت.(74/1).الزركلي الأعلام: (1/ 144).

[2] - ابن تيمية : الفتاوى الكبرى . ط:2. ت:1989م. دار الرياض، المملكة العربية السعودية. (106/3).

[3] - ابن تيمية: مجموع الفتاوى. ت: عامر الجواز- أنور الباز.ط:2. دار الوفاء للطباعة والنشر. المنصورة القاهرة. 2001/1422. (94/32).ينظر أيضا: يوسف البدوي:مقاصد الشريعة عند ابن تيمية.ط:1.دار النفائس، الأردن.ت:1421ه/2000م.ص:(565).

[4] - ابن القيم: أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي. شمس الدين ابن قيم الجوزية. من أركان الإصلاح الاسلامي وأحد كبار العلماء مولده ووفاته في دمشق، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية حتى كان لا يخرج عن الشيء من أقواله .كان حسن الخلق محبوبا عند الناس أغري بحب الكتب فجمع منها عددا عظيما . ألف تصانيف كثيرة منها: إعلام الموقعين عن رب العالمين. الطرق الحكمية ومفتاح دار السعادة. توفي سنة: 751ه. ينظر:الزركلي: الأعلام: (6/ 56).ابن حجر: الدرر الكامنة: (4/ 21).

والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما وصحيحا أو فاسدا كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة.. ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر"[1].

وقال في موضع آخر:" فالنية روح العمل ولبه، وهو تابع لها يصح بصحتها، ويفسد بفسادها،والنبي صلى الله عليه وسلم قال كلمتين كفتا وشفتا وتحتهما كنوز العلم، وهما قوله: «إنما الأعمال بالنيات،وإنما لكل امرئ مانوى[2]»، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال"[3].

الفرع الثاني: الأحكام مقيدة بمقاصدها

إذا ثبت أن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات؛ لأن الأعمال بالنيات ،فإنّ أحكام الشريعة -وهي مناشيء الحقوق- مقيدة بمقاصدها التي هي روحها ومعانيها التي من أجلها شرعت ،حتى لا تعتسف الإرادة غاية الحق، ولا يغني في مشروعية الحق كونه يستند في الظاهر إلى الحق دون نظر إلى ما يهدف إليه الباعث من غاية قد تتفق مع المصلحة التي من أجلها شرع الحق أو تناقضه. ومن هنا جاء تقييد استعمال الحق بوجوب أن يكون " قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الله في التشريع"[4].

والدليل على هذا الأصل كما قال أبو إسحاق ظاهر من وضع الشريعة،وبيانه من وجوه:

الأول: ما ثبت من أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم؛ والمطلوب من المكلف أن يجري على ذالك في أفعاله وألا يقصد خلاف ما قصد الشارع[5] .

الثاني: كون المكلف خلق لعبادة الله . وذلك لا يتحقق إلا بالعمل على وفق القصد في وضع الشريعة لينال بذالك الجزاء في الدنيا والآخرة[6] .

.

---

[1] - ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين. ت: عبد السلام هارون.د:ط. دار الكتب العلمية . بيروت، لبنان.ت:1417ه/1996م. (79/3).

[2] - سبق تخريجه.ص:(130).

[3] - نفس المصدر:(91/3).

[4] - نفس المصدر: (251/2).

[5] - الموافقات:(251/2).

[6] - المصدر نفسه.

الثالث: ما ثبت من أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجيات والحسينيات وهو عين ما كلف به العبد , فلا بد أن يكون مطلوبا بالقصد إلى ذلك وإلا لم يكن عاملا على المحافظة على أساس أنه خليفة الله في إقامتها. فالمطلوب منه أن يكون قائما مقام من استخلفه فيجري أحكامه ومقاصده مجاريها[1] .

وعلى هذا وجب أن يكون قصد المكلف موافقا لقصد الشارع, فيجوز للناكح مثلا أن يقصد الاستمتاع بالزوجة، لكن لا يجوز له أن يقرن هذا القصد بقصد يخالف قصد الشارع, فيعمد إلى نكاح المتعة وإنما ينبغي أن يكون نكاحه على سبيل المواصلة والمساكنة. وذلك هو قصد الشارع حتى يفضي النكاح إلى ثمرته وهو تعمير الكون[2] .

ويؤكد الشاطبي ضرورة أن يكون العمل مطابقا لقصد الشارع ظاهرا وباطنا؛ روحا ومقصدا؛ فيقول: " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذالك، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية ؛فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقا والمصلحة مخالفة ؛فالفعل غير صحيح وغير مشروع, لأن المصالح الشرعية غير مقصودة لأنفسها. وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذالك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"[3].

وكلام الشاطبي هذا يفيد أن الأعمال منوطة بالأسباب, هذه الأسباب التي تشتمل على الحكم والمصالح التي ضبطها الشرع[4]. فالأحكام الشرعية لا يكتف فيها أن تكون موافقة لظواهر النصوص أو لمقتضى القياس، بل لا بد أن تكون موافقة لقصد الشارع , فقد شرعت الأسباب لأجل مسبباتها، أو بعبارة أخرى شرعت التصرفات لأجل غاية أساسية قصدها من ورائها ،حتى إذا لم تتحقق غاياتها لم تشرع. وقد قال العزّ ابن عبد السلام[5] :" كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل"[1].

---

[1] - الجيلالي المريني: القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات. ط:1. دار ابن عفان:القاهرة. ت:1423ه/2002م.ص:(286).

[2] - العبيدي :الشاطبي ومقاصد الشريعة.ص:(159).

[3] - الموافقات:(292/2).

[4] - الجيلالي المريني. القواعد الأصولية. ص:(295).

[5] - ابن عبد السلام: هو عبد العزيز بن عبد السلام بن القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي عز الدين الملقب بسلطان العلماء . فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد . ولد بدمشق سنة : 577ه. تولى الخطابة والتدريس بزاوية الغزالي ثم الخطابة بالجامع الأموي. توفي سنة: 660ه بالقاهرة.من كتبه قواعد

على أنه يقال هنا: إن توخي مجرد المصلحة التي شرع العمل من أجلها لا يكفي وحده, فإن التكاليف إذا علم قصد المصلحة فيها , فأقل أحوال المكلف للدخول تحت حكمها أن يقصد بها ما فهم من قصد الشارع في شرعها, وهذا القصد لا إشكال فيه.. لكن نبه الشاطبي إلى أنه لا ينبغي أن يخليه من قصد التعبد، أي امتثال الأمر فيها وذلك لوجهين:

أما الأول: فلأن مصالح العباد إنما وضعها الشارع الحكيم وليست بعقلية, وإنما هي تابعة لمقصود التعبد, وذالك آية حق الله في المصلحة.

والثاني: أن توخي محض المصلحة وذاتها مع الغفلة عن حق الله فيها ،إنما يجعل العامل يعمل العمل قاصدا

للمصلحة؛فأشبه العامل لمجرد حظه وهواه وهذا مذموم،" فكم ممن فهم المصلحة فلم يلو على غيرها فغاب عن أمر الآمر بها ،وهي غفلة تفوت خيرات كثيرة بخلاف ما إذا

لم يهمل التعبد"[2]. وقد يعمل هناك لمجرد حظه:" والعمل على الحظوظ طريق إلى دخول الدواخل، والعمل على إسقاطها طريق إلى البراءة منها"[3].

والخلاصة في هذا:أن التصرفات الشرعية جعلها الشارع مقيدة بمقاصدها التي هي روحها ومحركها،حتى لا تعتسف الإرادة غاية الحق،ومن هنا وجب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الله في التشريع.

والآن وقد ظهر أن المقاصد معتبرة في التصرفات ،وأن الأحكام الشرعية- وهي مناشئ الحقوق- مقيدة بمقاصدها،فهل هذه المقاصد – الإرادة- مطلقة عن كلّ قيد؟أم أن الشاطبي ألقى فكرة الباعث عليها قيدا ورقيبا؟الجواب فيما يلي:

المطلب الثالث: مدى تأثير الباعث في التصرفات

وبعد أن تبين كيف أن الشاطبي يدخل في الاعتبار قصد صاحب الحق في الاستمتاع بحقه، ووجوب تقييده بكونه موافقا لقصد الله في

الأحكام في مصالح الأنام. الإلمام بأحاديث الأحكام. قواعد الشريعة. ينظر: السبكي: طبقات الشافعية:(209/8).الكتبي: فوات الوفيات:(2/ 350). الزركلي:الأعلام،(4/ 21).

[1] - ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام.درط.دار المعرفة. بيروت. لبنان.د:ت.(75/2).

[2] - الموافقات : (283/2).

[3] - نفس المصدر :(284/2).

التشريع.. فإننا ننتقل معه إلى بيان مدى تأثير الباعث في التصرفات ،من خلال أولا تحديد أساس فكرة الباعث وأثرها في الأعمال. ثم معيار أو ضابط الباعث الذي يبطل التصرفات وذلك في فرعين اثنين :

الفرع الأول: أساس فكرة الباعث وأثرها

وفي هذا الفرع يتم تحديد الأساس الذي تقوم عليه فكرة الباعث، ثم مدى تأثير الباعث على أساسه هذا في التصرفات الشرعية:

أولا: أساس فكرة الباعث

حمل الإمام الشاطبي لواء النزعة الذاتية ، وأفاض القول فيها وأقام الأدلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة ،ولم يقصر أثر الباعث على العبادات، بل برهن على

شموله للعادات والمعاملات، وأوجب ليكون التصرف صحيحا نافذا ألا يناقض قصد المكلف قصد الشارع .. يرشدنا إلى ذلك:

1: إقامته الأدلة على إبطال نكاح التحليل , إلى جانب إقامة الحجج على إبطال بيوع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا كما في بيع العينة[1]. وبّين مناقضة قصد الشارع في التحايل على إسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول[2]. وعلى هذا فقد شمل مبدأ إعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل وعقود المعاوضات والتبرعات على السواء.

2: كذلك توسع الشاطبي في تطبيق مبدأ سد الذرائع[3] ، وعده أصلا قائما لاستنباط الأحكام . وقوام هذا المسلك على مبدأين: الأول الباعث على التصرفات. والثاني: اتجاه إلى مآل التصرف الذي قد يتخذ قرينة على الباعث.

3: إرساءه لقواعد التحايل وجعله قسما خاصا مستقلا عن الذرائع . وهو أدل شيء على تأصّل النزعة الذاتية عند الإمام . فأصل الباعث إذن وسيلة لإبطال التصرف الذي ظاهره الجواز ويقصد به الوصول إلى أغراض محرمة .. وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على

---

[1] - والعينة: أن يبيع سلعة بثمن معيّن ، ثم يشتريها قبل قبض الثمن بثمن نقدا أو أقل من ذلك القدر". ينظر: سعد أبو حبيب: القاموس الفقهي . ط:2.دار الفكر دمشق، سوريا. ت:1408ه/1988م.ص:(270).

[2] - ينظر : الموافقات: (2/292-296).

[3] - الموافقات: (143/4).

قواعد الشرع الذي أشار إليه الشاطبي في تعريفه للحيلة بأنها:" تقديم عمل ظاهر الجواز؛لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر من تحليل محرم أو إسقاط واجب، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة"[1] .

من خلال هذا يتبين أنّ فكرة الباعث عند الشاطبي تقوم على أساس :" **الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذالك القصد"**[2]. أو بعبارة أوضح:**"اتخاذ**

التصرف الظاهر الجواز وسيلة للوصول إلى تحقيق أغراض وغايات محرمة غير الأغراض التي قصدها الشارع في التشريع"[3]. وهذا عين الاحتيال على قواعد الشرع..

ومن هنا استدعى النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في استعمال حقه، من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة هي على النقيض من مقصود الشارع , درءا للتعسف باعتبار القصد الذي يبدو في الباعث غير المشروع الذي يحمل المكلف على التذرع بفعل ناشئ عن حق أو إباحة، هو ظاهر الجواز لتحقيق غرض غير مباشر يهدم واجبا أو يحل حراما , وهذا هو التحيّل على مقاصد الشريعة[4].

فالقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي[5] . والتعسف في استعمال الحق على النحو الذي يقصد به هدم قواعد الشريعة هو أقصى ما يتصور من التعسف.

وبناء على هذه القاعدة القائمة على النظر في مقاصد الشريعة ومراعاتها , يؤسس الشاطبي نظريته في الإذن الشرعي المسماة اليوم بنظرية" استعمال الحق" ،وما يتصل بها من قضية تجاوز الإذن الشرعي المسماة بالتعسف في استعمال الحق[6].

ثانيا: أثره في التصرفات :

---

[1] - نفس المصدر: (292/2).
[2] - نفس المصدر:(145/4).
[3] - الموافقات: (254/2).
[4] - الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق.ص:(11).
[5] - الموافقات:(292/2).
[6] - المحمصاني: فلسفة التشريع الاسلامي .ط:3.دار العلم للملايين. بيروت.لبنان.ت:1380ه/1961م. ص: (277). العبيدي: الشاطبي ومقاصد الشريعة،ص:(153).

ثبت إذن أن لا عبرة بصورة الفعل وهيئته الشرعية الظاهرة، بل العبرة بقصد المكلف في العمل والباعث عليه. فإن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع , فإذا لم يكن موافقا بأن قصد باستعمال الحق غير ما شرع كان مناقضا لقصد التشريع؛ والمناقضة مبطلة للعمل . وهذا المعنى يجليه
الشاطبي في غير لبس ولا إبهام فيقول :" 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 له فعمله باطل"[1]. وقد استدل الشاطبي لهذا من عدة وجوه حاصلها في:

الوجه الأول: أن المكلف إذا قصد عين ما قصده الشارع، فقد قصد وجه المصلحة على أتم وجوهه فهو جدير بأن تحصل له . وإن قصد غير ما قصده الشارع متوهما أن المصلحة فيما قصده هو لا فيما قصده الشارع ، فقد جعل قصد الشارع مهمل
الاعتبار، وما أهمل الشارع القصد إليه مقصودا معتبرا، وهذا عين المناقضة لقصد الشارع[2] .

الوجه الثاني: أن الأخذ في خلاف مآخذ الشارع من حيث القصد إلى تحصيل المصلحة أو درء المفسدة مشاقة ظاهرة[3] . والله تعالى يقول:(

وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا)[النساء/115].

الوجه الثالث:

وهو الأهم: أن الآخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد ،آخذ في غير مشروع حقيقة ،لأن المكلف إنما كُلف بالأعمال من جهة قصد الشارع بها في الأمر والنهي , فإذا قصد بها غير ذلك كان بفرض القاصد وسائل لما قصد لا مقاصد , إذ لم يقصد بها قصد الشارع فتكون مقصودة . بل قصد قصدا آخر جعل الفعل والترك وسيلة له،فصار ما هو عند الشارع مقصود وسيلة عنده ،وهذا نقض لإبرام الشارع وهدم لما بناه[4]. وتأمل كيف جعل من فكرة الباعث غير

---

[1] - الموافقات:(252/2).
[2] - نفس المصدر: (253/2).
[3] - المصدر نفسه: (253/2).
[4] - نفس المصدر: (254/2).

المشروع -أي الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد- أساسا تبطل به التصرفات ؛ لما فيه من مناقضة قصد الشارع وهدم ما بناه،لأن أعمال المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقا لقصد الله في التشريع ،أي أن تستهدف عين المصالح التي شرعت لها ، وهو الأصل الذي بنيت عليه الشريعة، وإلا كانت المناقضة والتعسف.

فثبت إذن: أن كل حق أو إباحة ،وإن أذن فيه الشارع ابتداء فلا يجوز استعمال ما ينشأ عن هذا الإذن -وهو الحق أو الإباحة- في غير ما وضعه الشارع له ، بل يجب أن يكون في ضوء حكمة تشريعية ؛وإلا فقد أهمل اعتبار الشارع في وضع المشروعات، فالغاية النوعية التي حددها الشارع لكل عقد مسمى في التشريع شرع

وقانون أيضا،فلا يجوز اتخاذ العقد وسيلة ظاهرية لنقضها، أو تحقيق مصلحة أخرى هي مفسدة في ذاتها . وهذا يكون نتيجة باعث غير مشروع غالبا[1].

وإذا قرر أهل العلم ألا تقتصر نية المباشر للتصرف على توخي المصلحة الذاتية؛ لئلا يكون مبتغيا حظا مجردا من حظوظ الدنيا ،بل لا بد أن يكون في ذالك ممتثلا أمره ونهيه، فكيف بتشريع هذا حاله أن يصحح عملا يحمل عليه باعث غير مشروع ، أو قصد يتجه إلى الإضرار بالغير , ولو كان ذلك العمل في أصله مشروعا .وصدق أبو إسحاق لما قال:"كل حكم شرعي فليس بخال عن حق الله تعالى وهو جهة التعبد.. فإن جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجردا فليس كذالك بإطلاق، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية"[2].

والخلاصة في هذا: أن استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار هو تسبب في الإضرار، مع أن دفع الضرر بأنواعه مقصد من مقاصد الشارع مبثوث في الشريعة كلها من خلال أحكامها العامة ووقائعها الجزئية. فكان القصد إليه إذن مناقضة لقصد الشارع ظاهرة في تشريع الحقوق، لأنه إما لمحض قصد الإضرار أو للعبث، والإضرار ممنوع

---

[1] - الدريني: نظرية التعسف،ص:(233).وينظر: أحمد إبراهيم بك: الالتزامات في الشرع الإسلامي.درط. د:ت. دار الأنصار. عابدين .مصر. ص:(98).

[2] - الموافقات: (241/2).

باتفاق والعبث لا يشرع ، فكان كلا الأمرين يناقض القول باعتبار المصالح في الأحكام...

وهكذا يرى كيف أقام الشاطبي تصرفات المكلفين حتى العاديات أي المعاملات منها بوجه خاص على أساس فكرة القصد أو الباعث، ليكون الباعث عنده من صميم الخصال الخلقية التي تقيد الإرادة وتضبط تصرفها بما لا يناقض قصد الشارع من جهة وبما يحفظ حق الغير من جهة أخرى، ليبرز بذلك إنشاء نظرية التعسف على أساس النزعة الخلقية في التشريع الإسلامي .

الفرع الثاني: معيار الباعث الذي يبطل التصرفات

تقرر أن فكرة الباعث عند الشاطبي تقوم على أساس الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذالك القصد ، وهي بهذا المعنى تنطبق على ذرائع الفساد والضرر وعلى الاحتيال على قواعد الشرع، ليشمل بذالك مدى تأثيرها العادات والمعاملات وسائر أنواع التصرفات ..

لكن لما كان الباعث غير المشروع من الأمور الباطنة لا يمكن ضبطه أو التثبت من وجوده , فما هو المعيار الذي استند إليه الشاطبي في تحديده، وبالتالي إبطال التصرف الذي قام عليه؟

والأصل في هذا أن الفعل المباح إذا تمحض عنه قصد الإضرار منع ولم يشرع ، إلا أنه لما كان قصد الإضرار أمرا نفسيا باطنيا لا يمكن التعرف عنه بسهولة ، فإنه يُكتفى بالقرائن وظروف الأحوال للتثبت من وجوده . ومن هنا اكتفى أبو إسحاق بمظنة الباعث البعيدة؛ فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد، اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن[1] . فمتى استعمل الفعل المأذون فيه- بمقتضى حق أو إباحة- لتحقيق غرض غير مشروع لم يشرع، كالعقد الذي يتوسل به إلى تحقيق أمر غير مشروع فيبطل بالنظر إلى هذا الباعث[2] .

والدليل على هذا من وجوه:

---

[1] - الموافقات: (274/2).

[2] - ينظر:حمودي: نظرية الباعث، ص:(242).

الأول: أن القصد لا ينضبط في نفسه , لأنه من الأمور الباطنة . لكن له مجال هنا وهو كثرة الوجود أو مظنة ذالك، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف، كذالك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد[1] .

والثاني:مما يدل على اعتبار الكثرة، أن الحكم قد يشرع لعلة مع كون فواتها كثيرا كحد الخمر فإنه مشروع للزجر، مع أن الازدجار به كثير لا غالب،فاعتبرت الكثرة في الحكم بما هو خلاف الأصل ،لحكمة الزجر[2].

وأخيرا: فإنه قد جاء ما يعضد هذا الأصل من النصوص كثير :«كنهيه عليه الصلاة والسلام عن الخليطين»[3] . « وعن شرب النبيذ بعد ثلاث»[4] . «وعن الانتباذ في الأوعية التي لا يعلم بتخمير النبيذ فيها»[5] . وبين عليه الصلاة والسلام أنه إنما نهى عن ذلك لئلا يتخذ ذريعة ، إذ إن النفوس لا تقع عند الحد المباح في مثل هذا، بل تقصد المفسدة فيه . ووقوع المفسدة في هذه الأمور ليست بغالبة في العادة وإن كثر وقوعها، وغير هذا كثير مما هو ذريعة وفي القصد إلى الأضرار والمفسدة فيه كثرة، وليس بغالب ولا أكثري[6].

فمتى كثر التذرع بالفعل المشروع لتحقيق أغراض غير مشروعة في المجتمع فذالك كاف في اعتبار كثرة هذا التذرع مظنة للباعث غير المشروع حيثما وقع ، ولو كان بعضهم حسن النية , ولا يشترط غالب الوقوع بل تكفي الكثرة احتياطا [7]. وأصل

---

[1] - الموافقات: (274/2).

[2] -نفس المصدر:(275/2).

[3] - أخرجه البخاري من حديث أبي قتادة قال:"نهى النبي صلى الله عليه وسلم:أن يجمع بين التمر والزهو،والتمر والزبيب،ولينبذ كل واحد منهما على حدة".كتاب الأشربة. باب من رأى ألا يخلط البسر والتمر إذا كان مسكرا وألا يجعل إدامين في إدام. رقم: (5602).(604/6). ومسلم:كتاب الأشربة.باب كراهة انتباذ التمر والزبيب مخلوطين.رقم:(1988).(1252/3).ولفظه غير هذا.

[4] - أخرجه:- مسلم من حديث ابن عباس. كتاب الأشربة. باب إباحة النبيذ الذي لم يشتد ولم يصر مسكرا.رقم(2004).(1264/3).

[5] - أخرجه البخاري من حديث عائشة:كتاب الأشربة.باب ترخيص النبي في الأوعية والظروف بعد النهي.رقم:(5595)
(603/6).ومن حديث أنس: مسلم: كتاب الأشربة. باب النهي عن الإنتباذ في المزفت والدباء والحنتم والنقير،وبيان أنه منسوخ وأنه اليوم حلال ما لم يصر مسكرا.رقم:(1992).(1254/3).

[6] - الموافقات: (275/2).

[7] - الدريني: الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب،ص:(585).

هذا كله قاعدة الاحتياط[1] في الدين التي حاصلها حفظ النفس عن الوقوع في المنهي
عنه ، وذلك باجتناب المشكوك فيه ،وترك بعض المباح[2] .

هذه القاعدة التي ثبتت مشروعيتها باستقراء النصوص الشرعية والقواعد والأحكام ، وحديث:« فَمن اتّقى الشُّبهَات،اسْتَبرَأَ لِدِينِه وَعِرضِه»[3] أصل لها .وهو يدل على أن اتقاء الشبهات مطلوب شرعا، شرعا، والوقوع فيها منهي عنه شرعا، وهذه هي حقيقة الاحتياط.وكذلك حديث:«دَع مَا يَرِيبُك إلَى مَالاَ يَرِيبُك»[4].وكثير من القواعد الشرعية ترجع إلى معنى الاحتياط وتؤول إليه كقولهم: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام". "ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح"[5]. وهذا كله يدل على أصل

مشروعية الاحتياط ، ولا خلاف في ذالك بين أهل العلم. حتى ابن حزم[6]لم يخالف في أصل المشروعية[7].

---

[1] - الاحتياط لغة: من حاط يحوطه حوطا: أي حفظه وصانه وكلأه ورعاه وذب عنه. واصطلاحا: قال ابن حزم: اجتناب ما يتقي المرء أن يكون غير جائز وإن لم يصح تحريمه عنده. ينظر: مرتضى الزبيدي:تاج العروس من جواهر القاموس. مادة حوط. (228/10). ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام.ط:1. دار الحديث، القاهرة. ت:1984م.(50/1).

[2] - مصطفى مخدوم: قواعد الوسائل في الشريعة الاسلامية. ص:(494).

[3] -أخرجه من حديث النعمان بن بشير: البخاري:كتاب الإيمان.باب فضل من استبرأ لدينه.رقم:(52).(23/1). مسلم كتاب المساقاة.باب أخذ الحلال وترك الشبهات. رقم: (1599). (988/3).واللفظ له.

[4] - أخرجه من حديث الحسن بن علي: النسائي. كتاب الأشربة.باب الحث على ترك الشبهات. (328/8). الترمذي: كتاب صفة يوم القيامة والرقائق والورع.باب(60). رقم:(2518).(576/4). وقال الترمذي:"وهذا حديث حسن صحيح ".وقال الألباني :صحيح.ينظر:إرواء الغليل في تخريج أحاديث منارالسبيل.إشراف:محمد زهير الشاويش.ط:2.المكتب الإسلامي،بيروت،لبنان.ت:1405ه/1985م. (44/1).

[5] - ابن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام.(83/1). ابن نجيم: الأشباه والنظائر.(109/1).

[6] - ابن حزم هو:أبو محمد علي بن أحمد الظاهري. عالم الأندلس في عصره . ولد بقرطبة وكانت ولأبيه من قبله رياسة الوزارة. فزهد وانصرف للعلم والتأليف. انتقد كثيرا العلماء فتمالؤا على بغضه فأقصته الملوك وطردته حتى رحل إلى بادية لبلة وتوفي بها سنة :456ه. من أشهر كتبه المحلى في الفقه. والإحكام في أصول الأحكام. ينظر: الزركلي :الأعلام (254/4). الحجوي :الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي.(44/3).

[7] - ابن حزم: الإحكام:(50/1).

فالشريعة إذن:" مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم ، والتحرز مما عسى أن يكون طريقا للمفسدة. فإذا كان هذا معلوما على الجملة والتفصيل، فليس العمل عليه ببدع في الشريعة . بل هو أصل من أصولها راجع إلى ما هو مكمل إما لضروري, أو حاجي أو تحسيني"[1].

وتأسيسا على هذا الأصل: أبطل مالك المعاملات التي يكثر استعمالها من طرف الناس لتحقيق القصد غير المشروع ، ولو لم يكن قد توفر الباعث لدى المتعاقدين أو أحدهما، واكتفى بالمظنة البعيدة لهذا الباعث فاعتبره قرينة لوجود هذا الباعث،"فمنع للتهمة ما كثر قصده"[2]. مخالفا في ذلك الشافعية والحنفية[3].

ومن أمثلة ذلك في المعاملات بيع العينة ، وهذا البيع كثر استعماله لتحقيق الربا ؛ فأبطله الإمام مالك ، ولو لم يكن قد توفر هذا الباعث لدى المتعاقدين أو أحدهما [4].

ومن ذلك أيضا أن الإمام مالك قال بتوريث كل مبانة في مرض الموت ، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة وهو حرمانها من الإرث . قال-رحمه الله- :" وإن طلقها وهو مريض قبل أن يدخل بها، فلها نصف الصداق ولها الميراث، ولا عدة عليها،وإن دخل بها ثم طلقها ،فلها المهر كله والميراث، البكر والثيب في هذا عندنا سواء"[5] ، وهذا كله اكتفاء منه بهذه المظنة وهي مرض الموت...

---

[1] - الموافقات: (2/ 276).

[2] - ينظر: الخرشي : محمد بن علي. حاشية الخرشي على مختصر خليل. ط:1. دار الكتب العلمية.بيروت . لبنان. ت:1997م. (5/ 424).

3- أما الشافعية فاشترطوا لإعمال الباعث غير المشروع أن يكون منصوصاً عليه في متن العقد، وأما الأحناف فيعتدون بالباعث إذا كان منصوصا عليه في متن العقد أو على الأقل أن يكون مستخلصاً من المحل ، في حين اشترط الحنابلة لإعمال الباعث غير المشروع أن يكون معلوماً من الطرف الآخر أو يوجد قرائن يفترض معها هذا لعلم. ينظر :

-الشافعي :الأم. ط:1.دار الفكر، بيروت.ت:2002م.(5/89)._ الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .ط:1. دار الفكر، بيروت، لبنان.ت:1417ه/1996م .(3\278).(5\214). – ابن قدامة المقدسي: المغني والشرح الكبير ت: محمد شرف خطاب،السيد محمد السيد.دار الحديث، القاهرة .ت:1425ه/2004 م.د:ط.(5\604).

4 - الخرشي :حاشية الخرشي على مختصر خليل.(5\446).

5 - ينظر: ابن العربي: القبس شرح موطأ مالك ابن أنس .ت : أيمن نصر الأزهري ، علاء إبراهيم الأزهري .ط:1. دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان.ت:1998م.(3/133).

فالإمام مالك:يحتاط في درء المفاسد فيمنع ما أدى إلى الممنوع بكثرة قصده من قبل المتعاقدين ،ولو لم يقصد بالفعل في كل صورة على حدة، أو من كل شخص على استقلال، فيكتفى بكثرة الوقوع ولو لم تصل إلى غلبة الظن , أو غلبة كثرة الوقوع , فضلا عن العلم ، ويعتبرها مظنة هذا القصد، فالكثرة هي الضابط والمظنة..

هكذا حمل الشاطبي لواء النظرية الذاتية عند المالكية،فلم يقف عند القول بأن القصد الفاسد أو الباعث غير المشروع محرّم، بل سار خطوة أبعد من ذلك حينما قرّر أنّه إذا ظهر ذلك القصد ، وثبت هذا الباعث بكثرة قصده ، ولو لم يقصده بالفعل في كل صورة على حدة، أو من كل شخص على استقلال ، فيكتفى بكثرة الوقوع ولو لم تصل إلى غلبة الظن.. لتكون تربة الشاطبي أكثر خصوبة وأوسع مجالا في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، لمكان مناقضة الباعث غير المشروع لقصد الشارع في كل تصرف تتوفر فيه مظنة القصد إلى ذلك..

ليقال في الأخير: إن المبادئ الخلقية ومنه فكرة القصد في الأفعال ،كما تقيد الحق وتضبط استعماله بما يوافق قصد الشارع ولا يناقضه ،ترعى المصلحة العامة وتقضي على التحايل الذي يهدم أصول الشريعة ويناقض مصالحها ويخرم مقاصدها العامة .ومن هنا كان قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع، فإذا كان قصده سيئا مناقضا لقصد الشارع كان عمله الذي هو مثبت الحق تعسفا .. والله المستعان.

كان هذا أصل الباعث عند الشاطبي؛وفي خاتمة هذا المبحث يمكن استخلاص النتائج التالية:

أولا:إن المقاصد هي التي تحدد مصير الأفعال التي يقوم بها المكلف،أي أن المقاصد معتبرة في التصرفات،وعلى هذا فأحكام الشريعة – وهي مناشئ الحقوق- مقيدة بمقاصدها التي من أجلها شرعت ؛حتى لا تعتسف الإرادة غاية الحق.

ثانيا:إن فكرة الباعث عند الشاطبي تقوم على أساس الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد، وهو بهذا المعنى ينطبق على ذرائع الفساد والضرر والاحتيال على قواعد الشرع،ومن هنا فإن

استعمال الحق لمجرّد قصد الإضرار هو تسبب في الإضرار،فكان القصد إليه مناقضة لقصد الشارع ظاهرة في تشريع الحقوق.

ثالثا:لما كان سوء القصد من الأمور الباطنة التي لا يمكن ضبطها أو التثبت من وجودها،فإن الشاطبي اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ، وذلك بكثرة وقوع القصد إليه،اكتفاء منه بالكثرة دون غلبة الظن.

المبحث الثالث :أصل النظر في المآلات

إن الأحكام الشرعية لا يكتفى فيها أن تكون موافقة لظواهر النصوص أو لمقتضى القياس،بل لابد أن تكون موافقة لمقصد الشارع بناء على أن الأسباب شرعت لأجل مسبباتها،أو بعبارة أخرى شرعت الأعمال لأجل غاية أساسية قصدها من ورائها؛ حتى إذا لم تتحقق غاياتها لم تشرع...

ومن هنا كان النظر في مآلات الأفعال مطلوب شرعا،وهو أصل من الأصول التشريعية التي بنى عليها الشاطبي نظرية التعسف,فكيّف استعمال الحق بالمشروعية أو عدمها على ضوء من تلك المآلات؛متبعا في ذلك سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام .

ولبيان هذا الأصل؛ تتم دراسته من خلال مطلبين :الأول : في حقيقة هذا الأصل وأدلة اعتباره ثم بيان وجه ابتناء التعسف عليه. و الثاني :في القواعد التي بناها الشاطبي على هذا الأصل وكانت أساسا للتعسف .

المطلب الأول: أصل النظر في المآلات مقصود شرعا

نظرا لارتباط فكرة المقاصد بالبواعث والنوايا وما تؤول إليه قضايا التصرفات العامة ، فقد عمد الشاطبي إلى بحث هذا الأصل انطلاقا من قصد الشارع إلى تحقيق العدل ومن أن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات ،وليس ذلك إلا دليلا منه على أن قضية المآلات لها تعلق بالمسائل الراجعة إلى المقاصد الشرعية ..ولبيان وجه قصد الشارع لهذا الأصل: لا بد من بيان حقيقته وأدلة اعتباره أولا ثم مسالك التحقيق فيه ليختم هذا ببيان وجه ابتناء النظرية عليه:

الفرع الأول:حقيقة المآل وأدلة اعتباره

من المقرر المعلوم شرعا أن أعمال المكلفين التي طلبها الله منهم ،لا يقصد منها إلا مصالحهم ،كانت تلك المصالح دنيوية أم أخروية، فالتكاليف المأمور بها وسائل يتوصل بها إلى مقاصد هي مصالح العباد ،أي يؤول المكلّفُ به إلى حصول المصالح ودفع المفاسد ومن أجل ذلك تقرّر عند العلماء الأصل المسمى باعتبار المآل .

أولا: حقيقة اعتبار المآل لغة

هذا الأصل له في اللغة عدة معان منها:الاعتبار من العبر،والعابرُ الناظر في الشيء،والمُعتبِر المُستدل بالشيء على الشيء.وأما المآل: فمن آل الشيء يؤول مآلا : رجع،وآل الملك رعيته:ساسهم وأحسن سياستهم[1] .

ثانيا: حقيقة اعتبار المآل اصطلاحا

قد ظفر النظر في مآلات الأفعال باهتمام بعض الأصوليين، إلا أن اهتمامهم كان محدودا باعتباره طريقة تطبيقية دون الالتفات إلى وضع تعريف جامع مانع له.

وحقيقة هذا الأصلاصطلاحا : النظر فيما يمكن أن تؤول إليه الأفعال والتصرفات والتكاليف موضوع الاجتهاد والإفتاء والتوجيه . و إدخال ذلك في الحسبان عند الحكم والفتيا[2].

بيان ذلك : أن المجتهد حين يجتهد ويحكم ويفتي، عليه أن يقدر مآلات الأفعال التي هي محل حكمه وإفتائه، وأن يقدر عواقب حكمه وفتواه وألا يعتبر أن مهمته تنحصر في إعطاء الحكم الشرعي؛ بل مهمته أن يحكم في الفعل وهو يستحضر مآله أو مآلاته،وأن يُصدر الحكم وهو ناظر إلى أثره أوآثاره؛ فإذا لم يفعل فهو إما قَاصِرٌ في درجة الاجتهاد أو مُقصّر فيها [3]. فالشارع إنما يطلب الفعل ليترتب عليه ثمرته ومصلحته، وينهى عن الفعل ليترتب على ذلك دفع المفسدة ،حتى إذا كان الفعل المطلوب أو المنهي عنه يترتب عليه في بعض الأحيان مفسدة تناقض المصلحة المطلوبة منه، ينقلب أمره ويكون المطلوب منهيًا والمنهي عنه مطلوباً[4].

وقاعدة اعتبار المآل بهذا المعنى لم يُرمن صرح بها لفظا غير الشاطبي . أما ضمنا فقد جاء في عباراتهم ما يفيد معناه، فقد جاء عن الإمام أصبغ[5]المالكي : "إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة"

---

[1] - ينظر: ابن منظور، لسان العرب.مادة (عبر)،(243/4). مادة (أول)،(135/1).

[2] - ينظر: الريسوني : محمد جمال باروت : الاجتهاد: الواقع، النص ،المصلحة.ط:1. دار الفكر، دمشق.ت:1420ه.(67).

[3] - الريسوني : نظرية المقاصد .ص:(302).

[4] - ينظر:حسين حامد حسان,نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي.د:ط. مكتبة المتنبي.القاهرة.ت:1981م.ص:(196). زين العابدين محمد الدور : رأي الأصوليين في المصالح المرسلة و الاستحسان من حيث الحجية.ط:1.ت:1425ه/2004م. دار البحوث للدراسات الإسلامية . دبي، الإمارات . (127/2).

[5] - أصبغ هو : أبو عبد الله ابن الفرج بن سعيد بن نافع مولى عبد العزيز بن مروان. كاتب ابن وهب ووراقه. روى عن ابن وهب وابن القاسم ووراقه وعنه البخاري والذهلي. له تآليف منها كتاب

.ومعنى ذلك أن اطراد الأدلة فيما تناولته من معانٍ وتطبيقها واستمرارها في جميع معانيها من غير استثناء يكاد أن يكون فعلا مخالفا للسنة , ذلك أن العمل بالأدلة من غير نظر إلى ما قصده الشارع منها من مصالح يؤدي إلى مخالفة الشريعة نفسها[1].

واعتبار المآل على ما تقدم أصل أصيل في سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم وسيرته وسيرة صحابته وخلفائه رضي الله عنهم ،والفقهاء المسلمون متفقون بالإجماع على أنه يلزم أن تكون مآلات الأفعال موافقة لمقصد الشارع.ومعتمدهم في ذلك ما ورد في القرآن الكريم والسنة وسيرة الصحابة من الشواهد الدالة على ضرورة النظر في المآلات[2].

وقد جعل الشاطبي النظر في المآل أصلا من أصول الشريعة ، بل جعله أصلا عتيدا تفرعت عنه أصول تشريعية قامت عليها اجتهادات واسعة المدى في مذاهب الأئمة ،وهذه الآن جملة الأدلة التي استند إليها لتقرير هذا الأصل:

ثالثا: أدلة الشاطبي في اعتبار هذا الأصل

تقرر أن الحكم الشرعي –وهو منشأ الحق والإباحة- لا يكتفى فيه أن يكون موافقا لظوهر النصوص أو لمقتضى القياس أو القاعدة العامة ، بل لا بد أن يكون موافقا لمقصد الشارع حتى يكون المكلف في قصده موافقا لقصد الله في التشريع .. فلا بد إذن من النظر في مآل الفعل لئلا يفضى العمل به إلى مفسدة راجحة تمنع العمل به . وليس هذا إلا لأن النظر في مآلات الأفعال مقصود معتبر شرعا ،كانت الأعمال موافقة أو مخالفة كما يقول أبو إسحاق[3].

الأصول وآداب القضاة.قال ابن معين: كان من أعلم خلق الله كلهم برأي مالك. توفي بمصر سنة: 225ه. ينظر:قاسم علي سعد:جمهرة تراجم الفقهاء المالكية.ط:1.دارالبحوث للدراسات الإسلامية.دبي، الإمارات.ت:1423ه/2002م. (398/1). مخلوف:شجرة النور الزكية. (99/1).

[1] - زين العابدين: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة و الاستحسان من حيث الحجة : (130/2).

[2] - تنظر هذه الشواهد والأدلة: - ابن العربي : أحكام القرآن. ت:عبد القادر عطا . ط :2. دار الكتب العلمية،بيروت.ت:1424ه/2003م.(49/1). القرطبي , الجامع لأحكام القرآن. ط: 5. دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان .ت:1417ه/1996م.(41/7). ابن عاشور : التحرير و التنوير . درط .د:ت .دار سحنون للنشر، تونس .(430/7). : ابن الأثير. الكامل في التاريخ .ت: أبو الفداء عبد الله القاضي . ط:2. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.ت: 1415ه/1995م.(2/ 382). ابن جرير الطبري: تاريخ الأمم والملوك .د:ط. دار الكتب العلمية،بيروت، لبنان.ت:1417ه.(2/ 492).

[3] - الموافقات: (140/4).

والشاطبي إذ يقرر هذا الأصل العظيم الذي يجعل الشريعة ذات قوة على مواجهة كل تطور؛ينبه إلى عظيم أمره وخطورة مورده فيقول:"وهو مجال للمجتهد صعب المورد،إلا أنه عذب المذاق محمود الغِبّ، جار على مقاصد الشريعة"[1].

وقد أقام الأدلة على اعتبار هذا الأصل شرعا، منها ما فيه اعتبار المآل على الجملة، ومنها ما فيه اعتبار المآل على الخصوص ، وحاصل هذه الأدلة ترجع إلى دليلين اثنين : أولهما: الاستقراء .والثاني: دليل العقل.

أولا: دليل الاستقراء:

وذلك أنه وردت نصوص شرعية تفيد بعمومها أن المآلات معتبرة في أصل المشروعية:

1: من القرآن الكريم: قوله تعالى:(يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعۡبُدُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُمۡ وَٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ) [البقرة/21]. وقوله: (يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ).[البقرة/183]. وقوله : (لَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖۗ) [الأنعام/108]. وقوله: (وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ).[البقرة/179]. وغيرها كثير..

ووجه الدلالة:على اعتبار المآل في هذه الآيات أن الله تعالى جعل للأعمال المطلوبة من المكلفين غايات أمر بها لأجلها، وأمره بهذه الأعمال لأجل ما يترتب عليها من غايات وحكم ومصالح، هو عين قصده واعتباره للمآل ، إذ هذه الحكم المترتبة على الأعمال هي مآلاتها وعواقبها.

2: من السنة:

وردت أحاديث كثيرة كان أصل الحكم فيها مبني على مراعاة المآلات منها:

[1] - نفس المصدر:(141/4).

- قوله عليه الصلاة والسلام حين أشار عليه أصحابه بقتل من ظهر نفاقه:«لاَ يَتحدّثَ النّاسُ أنّ مُحمّداً يقتُلُ أصحَابَهُ»[1] .

- وكذا قوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها: «لَولاَ حَدَاثَةٌ عَهدُ قومُك بالِكُفْر لنَقَضتُ الكَّعبَةَ، ولَجَعلتُهَا علَى أسَاسِ إبرَاهِيم»[2].

- وقال في حادثة الأعرابي الذي أخذ يبول في المسجد :«دَعُوهُ لاَ تَزرمُوه»[3].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث:

أما الأول:فقتل هؤلاء المنافقين درء لمفسدة حياتهم، ولكن هذا القتل ينجم عنه مفسدة تهمة النبي بقتل أصحابه ما يبعد الطمأنينة عن مريدي الإسلام، وهذا فيه من الضرر على الإسلام أكثر من بقائهم، أي أن مآل الأمر إلى التهمة أشد ضررا من بقاء هؤلاء المنافقين[4].

أما الثاني:فإن رد البيت على قواعد إبراهيم شيء مطلوب ،إلا أن هذا الفعل يؤدي إلى نتيجة أخرى فيها مفسدة،وهي إنكار قريش لذلك فيرتدوا عن الدين، فمن أجل ذلك ترك بنيانه على أساسه ألأول. **وأما الحديث الثالث**: فإن نهي الصحابة للأعرابي عن الاستمرار في البول فيه تقليل النجاسة وهو مصلحة، وفيه أيضا ضرر يصيبه بسبب قطع البول وهو مفسدة عظيمة، فلذا نهاهم أن يقطعوا بوله ، فالأصل النهي لكن نظر لمآل الفعل وهو المفسدة الراجحة أجيز[5].

فلولا مراعاة المآلات والنتائج، لوجب قتل المنافقين وإعادة بناء البيت على قواعد إبراهيم ومنع الأعرابي من إتمام عمله المنكر الشنيع..

---

[1] - الحديث رواه عن جابر: البخاري: كتاب المناقب. باب ما ينهى من دعوى الجاهلية. رقم:(3519).(516/4). مسلم: كتاب البر والصلة والأدب. باب نصر الأخ ظالما أو مظلوما. رقم:(2584).(1586/4).واللفظ له.

[2] - رواه من حديث عائشة:البخاري:كتاب الحج.باب فضل مكة وبنيانها وقوله تعالى:"وإذ جعلنا البيت مثابة للناس وأمنا"إلى قوله:"إنك أنت التواب الرحيم".رقم:(1585).(491/2).مسلم: كتاب الحج. باب نقض الكعبة وبنائها. رقم:(1333). (790/2).واللفظ له.

[3] - أخرجه عن أبي هريرة:البخاري:كتاب الوضوء.باب ترك النبي والناس الأعرابي حتى فرغ من بوله في المسجد.رقم:(219)
(86/1).مسلم: كتاب الطهارة. باب وجوب إزالة النجاسات إذا حصلت في المسجد وأن الأرض تطهر بالماء من غير حاجة إلى حفرها. رقم:(284).(199/1). واللفظ له.

[4] - دراز: الموافقات ، هامش.(143/4). الجيلالي المريني .القواعد الأصولية. ص:(278).

[5] - ينظر: زين العابدين: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية.(2/ 208).

فهذه الأدلة وغيرها كثير من القرآن والسنة دالة على اعتبار هذا الأصل شرعا ، وهي أيضا كما يقول الشاطبي استقرأت فأفادت القطع بأن الشارع ينظر في الأفعال إلى مآلاتها .

ثانيا: الدليل العقلي: بيانه من وجوه:

1: أن مآلات الأفعال ومصالحها إما أن تكون مقصودة للشارع أو لا؟ فإن قصدت فذلك المطلوب، وإن لم تقصد أمكن أن يكون المقصود ضدها وهو المفاسد . وهذا باطل لقيام الدليل على قصد الشارع من الأعمال المصالح، ولا مصلحة يعتد بها ويلتفت إليها مع إمكان وقوع مفسدة توازيها أو تزيد[1].

2: وأيضا يترتب على عدم اعتبار المآل ألا تنتظر مصلحة من فعل مأمور به ولا مفسدة من فعل منهي عنه، بل إن حصل شيء من ذلك يكون حصولا اتفاقيا غير لازم للأمر والنهي ، وهذا باطل لأن الشريعة وضعت لمصالح العباد ، فجعل المقصود غير المصالح بل ضدها أو جعل حصولها اتفاقيا غير لازم للتكاليف ينافي وضع الشريعة. وعليه " فإن الأعمال إذا تأملتها مقدمات لنتائج المصالح ، فإنها أسباب لمسببات هي مقصودة للشارع. والمسببات هي مآلات الأسباب ،فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب وهو معنى النظر في المآل"[2].

3: أن الشارع إنما شرع الأسباب لأجل مسبباتها، أي لتحصيل المصلحة أو درء المفسدة المسببة ، وعليه فالحكم على فعل من الأفعال بالمشروعية أو الفساد متوقف على مآلات هذه الأفعال، وذلك لأن فعل المكلف قد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة فيه تدرأ ولكن بالنظر إلى مآله نجده على خلاف ما قصد فيه .فالحكم بالمشروعية على فعل من الأفعال مقترن بتحقيق هذا الفعل للمصلحة التي قصد بها تحقيقها[3].

نخلص من هذه الأدلة: إلى أن اعتبار المآل في التكاليف على ما قرره الشاطبي أمر شرعي ، بل أصل من أصول التشريع يقضي أن مآلات الأفعال معتبرة مقصودة ، فإذا اختلفت تبعتها في ذلك الأفعال.وحتى تصرف أحكام هذه الأفعال قبل أيلولتها إلى مآلاتها

---

[1] - الموافقات: (142/4).

[2] - الموافقات:(141/1).

[3] - الجيلالي المريني: القواعد الأصولية. ص:(276).

المناقضة لوضع الشارع ؛لا بد من بيان المسالك التي يكشف من خلالها عن هذه المآلات،وذلك فيما يلي:

الفرع الثاني: مسالك التحقيق في مآل الفعل

إن التحقيق في مآلات الأفعال يفرض بيان الجهة التي يكشف فيها عن القواعد التي تتم بها معرفة مآلات الأفعال، حتى تصرف عنها أحكامها قبل أيلولتها إلى مآلاتها .هذا ولم يوضح الشاطبي مسالك التحقيق في مآل الفعل ولم يوردها في فصل من فصول موافقاته،بل اكتفى بالإشارات والإيماءات من خلال الأمثلة التي أوردها في بيان هذا الأصل العظيم، وقد حاول الأستاذ عبد المجيد النجار تبيين هذه المسالك وذكر منها:

أولا: النظر في الأيلولة الفعلية

لم يجعل الشاطبي المعالجة الشرعية لمآل الفعل مقصورة على ما قبل وقوعه، وإنما بسط تلك المعالجة على ما بعد الوقوع ، وذلك بالنظر إلى مآل الفعل بعد وقوعه لتلافي ما يمكن أن يحصل من الفساد أو حصره إلى أكبر وقت ممكن[1] .وقد مثل الشاطبي لهدا المسلك بحديث الأعرابي وقول النبي لأصحابه: «لا تَزْرِمُوهُ»[2]. فنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن قطع بول الأعرابي فيه نظر إلى مآل الفعل، لما في منعه من إلحاق ضرر ببدنه وتنجيس ثيابه والمسجد في غير الموضع الذي كان فيه ، أما إذا ترك فإنه ينجس موضعا واحدا ولم يلحق ضرر ببدنه ولا ثيابه ، وبهذا يترجح جانب الترك على القطع[3].

وقد أشار النووي إلى هذا المعنى فقال:" فيه دفع أعظم الضررين بارتكاب أخفهما .قال العلماء: كان قوله " دعوه" لمصلحتين: إحداهما أنه لو قطع عليه بوله تضرر،وأصل التنجيس قد حصل، فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به. والثانية: أن التنجيس قد حصل في جزء يسير في المسجد فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه ومواضع كثيرة في المسجد"[4].

---

[1] - ينظر: النجار : عبد المجيد. فقه التطبيق لأحكام الشريعة عند الشاطبي. مجلة الموافقات. ع:1. المعهد العالي لأصول الدين . الخروبة، الجزائر.ت:1412ه/1992م.ص:(289).

[2] - سبق تخريجه.ص:(153).

[3] - الموافقات:(4/ 147).

[4] - النووي: شرح صحيح مسلم.ت:رضوان جامع.ط:1.ت:2001م.المكتب الثقافي.القاهرة.مصر.(3/ 163).

ثانيا: النظر في العلاقات العادية للفعل

والمقصود بالعلاقات العادية هنا : العلاقات السببية بين الأفعال في العادة ،فبناء على وجود علاقة سببية بين الفعل ومآله بعرف العادة، يمكن أن يعرف المآل مسبقا وعليه يكون تنزيل الحكم..فحاصل هذا المسلك إذن"النظر فيما يجري في الفعل بحكم العادة"[1]. وقد أشار الشاطبي إشارات عديدة إلى هذا المسلك أمكن من خلالها التحقيق أن الفعل إنما يعرف مآله بحكم العادة، وهذه العادة إما أن تكون طبيعية أو عرفية :

فالطبيعية:"ما بنى الله عليه خلقه من عادات سببية مستمرة أو غالبة في بناء النتائج على المقدمات وفي إفضاء الأفعال إلى المآلات"[2]. ومثال ذلك إجراء المنع على التكشف على عورات النساء ،يفضي إلى مآل أكثر مفسدة مما تتحقق به مصلحة العفة، لما يؤول إليه المنع هنا من هلاك المرأة ، وإنما يعرف هذا المآل بعادة طبيعية هي أن ترك العلاج الذي من أهم عناصره التكشف يفضي في العادة الغالبة إلى الشدة والهلاك.

وأما العرفية: " فالمقصود بها ما يستقر في القوم من أعراف ترتبط فيها أفعال بأفعال وتصرفات بنتائج تؤول إليها في سببية عرفية مستمرة أو غالبة تعرف بها أيلولة الأفعال ونتائج التصرفات"[3]. ومثال هذا:

النهي الوارد في قوله تعالى:(لَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ ..)

الآية. فنهي الله عز وجل عن سب الأصنام لما قضى به العرف عندهم أن من سب إله قوم،فإنهم يسبون إلهه[4]، ولمعرفة المآل بهذا العرف نُهي المسلمون عن سب آلهة قريش . وهذا المآل يعرف بالعرف.

ثالثا: النظر في قصد الفاعل:

---

[1] - النجار: المقال السابق، ص:(290).

[2] - النجار : المقال السابق، ص:(290).

[3] - المرجع نفسه.

[4] - يقول الدكتور الزحيلي في هذا:" وهذه سنة الله في خلقه ، يستحسنون عاداتهم وتقاليدهم التي ساروا عليها عن جهل وتقليد أو عن معرفة وعناد والله يتركهم وشأنهم ". ينظر: وهبة الزحيلي . التفسير المنير. ط:1. دار الفكر العربي. دمشق .سوريا.ت:1418ه/1998م.(326/7).

يعتبر النظر في قصد الفاعل من حيث موافقته أو مخالفته لقصد الشارع مسلكا آخر للكشف عن مآل الفعل ، فإن الفاعل إذا قصد بفعل ما مقصدا مخالفا لمقصدالشارع، علم من ذلك أن هذا الفعل سيؤول إلى مآل فاسد، ذلك أن ما كان القصد فيه مخالفة الشارع فإن مآله الوقوع في المفاسد[1]..

وقد سبق تحقيق هذا الأصل وتفصيله عند الكلام على أصل الباعث في التصرفات ، وتقدم أن أساس فكرة الباعث غير المشروع عند الشاطبي تقوم على الأخذ بالمشروع من حيث لم يقصد به الشارع ذلك القصد، لأنه آخذ في غير مشروع حقيقة ,فإذا لم يقصد الفاعل من العمل غير ما شرع له، كان الفعل في غير ما وضع له شرعا ، فناقض قصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع مبطلة للعمل، وذلك وجه فساده.

ويكتفى في معرفة القصد هنا مظنة الباعث البعيدة ،فلا يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد؛ اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن[2]. فمتى كثر التذرع بالفعل المشروع لتحقيق أغراض غير مشروعة في المجتمع، فذلك كاف في اعتبار كثرة التذرع مظنة للباعث غير المشروع حيثما وقع . وقد تقدم بسط هذا الكلام والحمد لله.

كانت هذه مسالك الكشف عن المآل وهي مسالك اجتهادية ونسبية أيضا، ومن هنا ينبغي ربطها بواقع حياة الناس ومتغيراته ، وحينئذ فإن هذه المسالك ينبغي أن تتطور ليستخدم فيها مستجدات العلوم والوسائل من علوم اجتماعية ونفسية وإحصائية ، ومن وسائل حسابية وإعلامية وغيرها. وبهذا كما يقول الأستاذ النجار:" تتطور السبل بقدر ما تتطور الأفعال ، وذلك أمر مطلوب من المجتهد المسلم اليوم في الكشف عن مآلات الأفعال في خضم هذه الحياة المعقدة المتشابكة"[3].

الفرع الثالث: أثر المآل في تقييد التصرفات

الأصل العام المجمع عليه عند أهل العلم من الأصوليين والفقهاء أن الأحكام معللة بمصالح العباد، فكل حكم قد شرع لغاية ومصلحة

---

[1] - النجار: المقال السابق: ص:(291).

[2] - ينظر: الموافقات:(2/ 254).

[3] - النجار: عبد المحيد: المقال السابق، ص:(291).

مرسومة له شرعا، لذا وجب على المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع، وإلا كر على الأصل بالبطلان ، ومن هنا فإن الحكم الشرعي -وهو الوسيلة-، وحكمة تشريعه -وهي المصلحة غاية الحق- مقترنان أبدا لأنهما من وضع الشارع الحكيم. ويؤكد أبو إسحاق هدا الأصل بعبارة صريحة لا لبس فيها ولا إبهام فيقول:" إن كون المصلحة مصلحة تقصد بالحكم والمفسدة مفسدة كذلك، مما يختص بالشارع لا مجال للعقل فيه"[1].

فإذا لزم عن تحصيل مصلحة الحق ضرر أشد أو مفسدة تربو على تلك المصلحة ،فلا يجوز استعمال الحق هنا، إذ الضرر الراجح لا يشرع بوجه من الوجوه، كل ذلك للحيلولة دون الاعتساف الذي يعني مناقضة قصد الشارع.

ومن هنا كانت المناقضة بين مآل استعمال الحق وبين الأصل العام الذي قام عليه التشريع تعسفا في استعمال الحق ، باعتبار أن مآلات استعمال الحقوق والإباحات إنما تكون تجسيدا لما رسم لها شرعا من غايات، لكون تلك الغايات مقاصد أو مصالح قد قصد الشارع أن تُحقّق عن طريق شرع الأحكام لها, لتصبح أوضاعا قائمة أو ماثلة في المجتمع بما هي أصول العدل وموجهاته ..فإن صلة ما يفضي إليه التطبيق من مآل بالعدل ذاته واضحة جلية، لذا كان أصل المآل عند الشاطبي ذا مساس بمبدأ العدل في التشريع[2] .

وبناء عليه صار أصل النظر في مآل الفعل :أن يعمل المكلف فيما هو سبيله من استعمال حق أو إباحة على تحقيق المواءمة بين ما يقتضيه الواقع ومقتضيات مقاصد التشريع، بحيث لا تقع المناقضة بينهما، لتجابه هذه الظروف بالحلول الملائمة التي تحقق مصالح الناس ولا تتجافى ومقتضيات العدل في آن واحد ،أو تحول دون اعتساف جادة المصلحة والعدل. فالأفعال محكومة بنتائجها، لأن النظر في مآلاتها مقصود معتبر شرعا، وإلا لأمكن أن يكون للتصرفات مآلات مضادة لمقصود الشارع فيها، وهذا إذن عين التعسف في استعمال الحقوق[3] ..

---

[1] - الموافقات:(239/2).

[2] - نفس المصدر:(147/4).

[3] - ينظر: الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق، ص:(13).

فإهمال النظر في المآل يؤدي إلى أن لا تطلب مصلحة بفعل مشروع، ولا تتوقع مفسدة بفعل ممنوع، وهذا خلاف ما وضعت له الشريعة كما يقول الشاطبي[1] .

وعليه فإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المشروعة ،ومن باب أولى إقامة التوازن بين الحقوق الخاصة والعامة، جريا على ما يقتضيه ضابط المشروعات في التشريع تفاديا لسوء استعمال الحق، هو ما أطلق عليه الشاطبي **تعسفا باعتبار المآل..** .

وهذا الأصل على ما قرره الشاطبي لا يعتد بالباعث على أنه الأمر الجوهري في تكييف الفعل والحكم عليه، بل العبرة فيه بالمآل ، وهذه النظرة كما يقول الشيخ أبو زهرة:" نظرة واقعية موضوعية تعني باللوازم الخارجية للأفعال ونتائجها، فمبنى هذا الأصل إذن هو النظر الموضوعي الذي يعتمد مآلات الأفعال وثمراتها ونتائجها،وعلى ضوئها يحل الفعل أو يحرم، ويؤذن فيه أو يمنع"[2].

أي أن التعسف باعتبار المآل ينظر فيه إلى النتيجة المادية الواقعية ، فإذا كان الفعل الذي هو منشأ الحق أو الإباحة ،مأذونا فيه بحسب الأصل أي مباحا، لكن آل استعماله إلى مفسدة راجحة صار تعسفا باعتبار المآل ، وإن كان القصد فيه موافقا لقصد الشارع في تناوله، لأن النظر في المآلات مقصود معتبر شرعا.

وعلى هذا: فكل حق يفضي استعماله قطعا أو ظنا أو في الكثير الغالب إلى غير الغاية التي شرع من أجلها،لم يبق مشروعا لمناقضته لأصول التشريع ، حتى ولوكان القصد حسنا ، لأن العبرة في تكييف الفعل هي النتيجة وهي هنا مناقضة لقصد الشارع[3] .

وإذا كان من مبادئ الشريعة التي تقوم عليها تحري العدل والمصلحة في التشريع، فإن النظر في مآلات الأفعال من مؤيدات هذا المبدأ ، فحتى الممنوعات التي قَصْد الشارع في رفعها ولكن وقعت، فلا يلزم من إيقاعها من المكلف أن تكون سببا في التعسف في حقه،أوالحيف عليه بزائد على ما شرع من الزواجر أو غيرها[4] .

---

[1] - الموافقات: (142/4).

[2] - أبو زهرة : مالك، حياته وعصره وآراؤه وفقهه.ط:3.دار الفكر العربي،القاهرة.ت:1999م.ص:(324.326).

[3] - سيأتي تأكيد هذا المعنى تطبيقا عند الحديث على تقسيم الشاطبي للتعسف.

[4] - الموافقات :(146/4).

ولو أخذنا الغصب[1] – مثلا- إذا وقع، فإن النظر الشرعي فيه يقتضي أن يوفّى المغصوب منه حقه ،لكن على وجه لا يضر بالغاصب فوق ما يليق به مبدأ العدل و الإنصاف، حتى إذا طلب بأداء ما غصب أو قيمته أو مثله وكان ذلك من غير زيادة صح، و لو قصد فيه حمْلٌ على الغاصب لم يلزم، لأن العدل هو المطلوب و يصح إقامة العدل مع عدم الزيادة. فصار مقررا إذا من هذا المبدأ أن الجاني لا يجنى عليه زيادة على الحد الموازي لجنايته ،أي الحد المشروع في جزاء العدوان لا نفس العدوان[2]. و أصل هذا قوله تعالى :(فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ).[البقرة/194].

فالتصرفات المأذون فيها بمقتضى حق أو إباحة إذا أفضت بذاتها إلى مآل ممنوع منعت ولم تشرع، لأن هذه التصرفات إنما شرعت في الأصل وسائل لتحقيق مصالح، لا مفاسد، فإذا أضحت الوسائل المقصودة طريقا للمفاسد لم تشرع لتحقق المناقضة، و المناقضة تعسف ..

ومن هنا تعيّن النظر في مآل استعمال الحق الذي قرره الشارع للشخص ، فإذا تبين أن الشخص لم يستعمل حقه إلا للإضرار بغيره، فإنه يمنع من استعمال هذا الحق عملا بقاعدة اعتبا المآل، أما إذا لم ينحصر استعمال الحق في قصد الإضرار بالغير بل كان الشخص قاصدا مصلحة نفسه من الفعل وصحب هذا القصد قصد الإضرار بالغير، فيوازن بين الحقين وذلك على أساس قوة المصالح التي تستعمل هذه الحقوق لحمايتها، فتقدم مصلحة الجماعة في دفع الأضرار العامة على مصلحة الشخص في استعمال حقه[3].وذلك لأن "اعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة"[4].

---

[1] - الغَصْب: لغة :أخذ الشيء قهرا. وفي الشرع : أخذ مال متقوم محرم بغير إذن مالكه على وجه يزيل يده إذا كان في يده. ينظر: القونوي: أنيس الفقهاء. ص:(269).

[2] - الموافقات :(147/4).

[3] - الجيلالي المريني: القواعد الأصولية .ص:(281). حامد حسان: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي.ص:(302).

[4] - ينظر: الموافقات :(266/2).

من خلال هذا كله تظهر صلة النظرة الواقعية في مآلات الأفعال بمقاصد الشريعة من حفظ الأموال والأنفس، أوصلة المعيار المادي لنظرية التعسف القائم على الموازنة بين المصلحة والمفسدة دون النظر إلى العوامل النفسية بمقتضيات العدالة فضلا عن مرونة هذا المعيار واستجابته لظروف الحياة المتطورة .

يقول الأستاذ الدريني :" لذلك نرى اليوم لجوء فقهاء القانون المدني و الدولي إلى هذا الأصل في العصر الحديث، يلتمسون الحلول على أساسية النتائج الخطيرة اللازمة عن طبيعة النشاط الخاص باستعمال الأسلحة الذرية وغيرها، يوم أن عجزت قواعد القانون القائم ونظرياته فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية أو الدولية عن حكم هذه الحالات المستجدة؛ وبذلك كان لفقهاء الإسلام فضل السبق في تقدير هذه المسؤولية المطلقة منذ زمن بعيد على أساس من المصلحة و العدل"[1].

المطلب الثاني:قواعد التنظير المآلي

ظهر مما سبق مدى اهتمام الشاطبي بموضوع المآلات واعتباره النظر فيه شرطا أساسيا قامت عليه الأدلة وتضافر على نقله الأئمة ، لذلك أردف هذا الأصل بمجموعة قواعد كلها تؤيده وتقوم بدور عظيم في حفظ مقاصد الشارع باعتبارها مظهرا من مظاهر توخي المصلحة والعدل في الشريعة. وسنُركز الدراسة هنا على قاعدتين اثنتين هما الذرائع والاستحسان ،باعتبار مبنى التعسف منبثق عنهما.

الفرع الأول:قاعدة سد الذرائع

اعتبر الشاطبي مسألة الذرائع قاعدة مآلية بالنظر الي ما تفضي إليه مقاصد الأحكام التكليفية، ولدراسة هذا الأصل عند الشاطبي :يعرض أولا لتعريفه عند العلماء عامة ثم حقيقته عند الشاطبي خاصة ووجه ابتناء التعسف عليه:

أولا:حقيقة سد الذرائع

[1] - الدريني : الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده .ص:(138).

وهذا المركب لغة مركب من جزأين: الأول: السَدّ، وهو لغة المنع والحسم والقطع ، والثاني الذرائع: جمع ذريعة وهي الوسيلة: تقول فلان ذريعتي إلى فلان ،وقد تذرعت به إليه، أي توسلت[1].

أما اصطلاحا: فللأصوليين تعاريف متعددة منها:

1: عرفها ابن العربي فقال:" هي كل فعل جائز يؤدي إلى محظور". وقال:" كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن التوصل به إلى محظور"[2].

2: وقريب من قول ابن العربي كلام الباجي[3] في تعريفها إذ يقول:" هي المسألة التي

ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور"[4].

3: وقال القرطبي[5]: الذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع في نفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في الممنوع"[6].

تعقيب على التعريفات:

من خلال التعريفات السابقة،نجد ابن العربي يصرّح أن الذريعة فعل من الأفعال المباحة وهو معنى الجواز، وأن هذا الفعل جعل قنطرة يعبر بها إلى شيء ممنوع ، أما الباجي فأراد "بالمسألة" الأمر الشامل للفعل مطلقا عقدا كان أم غيره، إلا أن هذا التعريف لم يذكر فيه الوسيلة الممكنة أن تؤدي إلى المحظور، لأنه قصر الوسيلة على ما تؤدي إلى المحظور ، فيما نجد تعريف القرطبي شامل لجميع ما هو ذريعة سواء

---

[1] - ينظر:ابن فارس: معجم مقاييس اللغة: (66/3).

[2] - ابن العربي: الجامع لأحكام القرآن.(265/2).

[3]- الباجي هو: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الأندلسي ، القاضي الفقيه الأصولي الحافظ. المحدث. له تآليف كثيرة منها المنتقى شرح موطأ مالك. وكتاب المهذب في اختصار المدونة لم يكن بالأندلس قط أتقن منه للمذهب، وكان جليلا رفيع القدر. وتوفي بالمرية سنة: 447ه. ينظر:قاسم علي سعد: جمهرة تراجم الفقهاء المالكية. (556/1).مخلوف: شجرة النور الزكية،(178/1).

[4] - الباجي: إحكام الأصول في أحكام الأصول. ت: عبد المجيد تركي. ط:2. دار الغرب الاسلامي. بيروت.ت:1415ه/ 1995م.(696/2).

[5] - القرطبي: هو محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المالكي من كبار المفسرين من أهل قرطبة، صالح متعبد رحل إلى الشرق واستقر بمنية ابن خصيب بمصر وتوفي بها سنة: 671ه. من كتبه الجامع لأحكام القرآن ،والتذكرة في أحوال الآخرة ،والتذكار في أفضل الأذكار. ينظر:الأدنروي: طبقات المفسرين ،ص:(246).ابن فرحون :الديباج:(406). الزركلي: الأعلام،(323/2).

[6] - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن.(2/ 57) .

أكان مؤديا به إلى المحظور في جميع الأحوال، أم في الغالب أم استوى الأمر فيه، أم كان أداؤه مرجوحا[1].

وحاصل هذه التعاريف : أن قاعدة سد الذرائع هي منع كل الوسائل المشروعة التي يمكن أن تفضي إلى المآلات المادية البحتة، أي التي يترتب عليها المآل الممنوع بدون قصد من المكلف ، لذلك قال القرافي :" معنى سد الذرائع حسم مادة الفساد دفعا ، فمتى كان السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة ؛منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور"[2].

من خلال ما سبق يتضح أن المعنى الاصطلاحي جزئي من جزئيات المعنى اللغوي وفرد من أفراده بينهما العموم والخصوص المطلق ،لأن الوسيلة لغة شاملة لكل وسيلة كانت مباحة أو محرمة وكان المتوسل إليه مباحا أو محظورا، أما اصطلاحا فهي خاصة بالذريعة المباحة كما أن المتوسل خاص بما هو محظور..

ثانيا: حقيقة سد الذرائع عند الشاطبي

أما الشاطبي فقد عرف هذا الأصل فقال:" وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة"[3].وأطلق على الفعل مصلحة مجازا لأنه وسيلة إليها، أي من إطلاق المسبّب وإرادة السبب، لأن الشأن في المصلحة أن يتوسل إليها لا بها . والمقصود بالمصلحة هنا كل ما أقره الشارع من فعل بنص صريح أو بمقتضى من قواعده وأحكامه ، لأن المصالح من وضع الشارع الحكيم. سواء كانت هذه المصالح دنيوية أم أخروية ،وليس للإنسان أي ابتداع في ذلك. فالمفسدة إذن هي كل ما يخالف مقاصد الشارع وأحكامه . وأصل هذا أن الشريعة مبنية على مصالح العباد[4].

والشاطبي لا يقصر اعتبار هذا الأصل على الأفعال المباحة ،بل يتعداه إلى العبادات أيضا ، ومما يؤكد هذا قوله:" كل عمل أصله ثابت شرعا إلا أن في إظهار العمل به والمداومة عليه ما يخاف أن يعتقد أنه

---

[1] - زين العابدين: رأي الأصوليين في المصالح المرسلة،(2/ 281). وينظر: محمد هشام البرهاني:سد الذرائع في الشريعة الإسلامية.ط:1.مطبعة الريحاني ،بيروت.ت:1985م.ص:(81).

[2] - القرافي: شرح تنقيح الفصول،ص:(353).

[3] - الموافقات:(141/4).

[4] - نفس المصدر:(239/2).

سنة، فتركه مطلوب في الجملة أيضا من باب سد الذرائع، ومن هذا ما جاء في الحديث النبي صلى الله عليه وسلم :« لاَيَتقدَّمَنّ أَحَدُكُم رَمضَانَ بِصَومِ يَومٍ أَوْ يَومَين»[1] ،ووجه ذلك عند العلماء مخافة أن يعد ذلك من شهر رمضان[2].

وقال في بيع العينة: " إن عاقد البيع أولا على سلعة بعشرة إلى أجل ظاهر الجواز من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح على الجملة، فإذا جعل مآل ذلك البيع مؤديا إلى بيع خمسة نقدا بعشرة إلى أجل، فقد صار مآل هذا العمل إلى أن باع صاحب السلعة من مشتريها منه خمسة نقدا بعشرة إلى أجل والسلعة لغو لا معنى لها في هذا العمل، لأن المصالح التي شرع البيع لأجلها لم يوجد منها شيء ، ولكن هذا بشرط أن يظهر لذلك قصد ويكثر في الناس بمقتضى العادة، ومن أسقط حكم الذرائع كالشافعي فإنه اعتبر المآل أيضا،لأن البيع إذا كان مصلحة جاز"[3].

والمتأمل في بيع العينة الذي قدمه الشاطبي نجده يهتم بالأمور التالية:

1: بيان انعدام المصلحة التي من أجلها شرع البيع وهي تحقق انتفاع الطرفين بالثمن والمثمن وصورة بيع العينة تعاكس الهدف الذي قصده الشارع من أحكام البيوع[4]. فكأن السلعة لغو لا معنى لها في هذا العقد لذلك لزم منعه ..

2: بيان المناط الذي يستند إليه في منع هذا البيع وهو المعبر عنه بكثرة الوقوع، أما إذا كان العمل يؤدي إلى مفسدة نادرة فهو على أصله من الإذن.

3: محاولة التوفيق بين المالكية والشافعية في هذه المسألة حيث ذكر أن تجويز الشافعي لصورة هذا البيع لا يعني أنه يبطل أصل النظر في المآلات، بل كلا الفريقين قد حكما

مآلات الأفعال ،وإن اختلفا في طريقة هذا التحكيم لأن :" كل حالة من البيع لها مآلها

---

[1] - أخرجه من حديث أبي هريرة : البخاري. كتاب الصوم.باب لا يتقدم رمضان بصوم يوم ولا يومين . رقم: 1914. (2/ 589).مسلم: كتاب الصيام. باب لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين.رقم:(1082).(626/2).واللفظ للبخاري.

[2] - الشاطبي: الاعتصام :(282/2).

[3] - الموافقات:(145/4).

[4] -ينظر: عبد الحميد العلمي: قواعد التنظير والمآلي. مجلة الموافقات.العدد :2. 1413ه/1993م.ص:(312).

ومآلها في ظاهر أحكام الإسلام مصلحة"[1].

والتصرفات بما هي وسيلة إلى غاية لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد أو الإذن والمنع، بل تأخذ حكم ما أدت إليه فإذا كانت نتيجة التصرف مفسدة راجحة أو مساوية للمصلحة لم تشرع،ولو كان في أصله مأذونا فيه ، فغالب هذا الأصل " تذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز ، فالأصل على المشروعية لكن مآله غير مشروع"[2].

فالذريعة على ما قرره الشاطبي تطبق على النوع المباح الذي يتوسل به إلى مفسدة ، والمباح راجع إلى إذن الشارع، أي إلى الحكم الشرعي، وعلى ذلك فهو يشمل الحقوق وكل ما لم يأت الشارع بتحريمه أو منعه أو النهي عنه ، فمتى كانت هذه الأفعال المباحة يتوقع منها قصد الإضرار فيكون المنع بالنظر إلى مظنة هذا القصد وذلك سدا لذريعة الفساد واحتياطا في درئها.

فأصل الذرائع إذن: هو نظر في مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه ، فإن كانت تتجه نحو المصالح من معاملات بني الإنسان بعضهم مع بعض كانت مطلوبة ،وان كانت مآلاتها تتجه نحو المفاسد، فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المفاسد[3]. ومن تأمل الشريعة في مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها.

من هذا العرض الموجز: يتبن أن غرض الشاطبي من بحث قاعدة الذرائع انصب على بيان علاقتها بأصل المآلات وربطها بمقاصد الشرع في التكليف، والنظر في مدى التزام المكلفين بالامتثال لها والتقيد بمقتضاها ، الشيء الذي يدل على أن قاعدة الأخذ بها تتجلى في محاولة احترام المقاصد المترتبة عن الأحكام الشرعية..

ثالثا: مبنى التعسف منبثق عن مبدأ سد الذرائع:

وإذا كان الأصل في سد الذرائع هو النظر في مآلات الأفعال وما تنتهي في جملتها إليه. فإن النظر في ذالك يتجه إلى العمل وثمرته؛ لا إلى قصد الفاعل ونيته ، فالنظرة في هذا الأصل نظرة موضوعية أو مادية لا ذاتية...وتقرر بما سبق أن النظر إلى مآلات الأفعال هو نتيجة

---

[1] - الموافقات: (145/4).

[2] - الموافقات:(143/4).

[3] - أبو زهرة: مالك. ص:(324).

طبيعية للتعسف ، فإن من استعمل حقا مشروعا ولكنه آل إلى ضرر بالآخرين فإنه يمنع من استعمال هذا الحق، وذلك كمن فتح نافذة تطل على نساء جاره، فإنه يمنع وهو مذهب مالك في المدونة[1] .

فتحصل إذن أن نظرية التعسف تقوم على مبدأ سد الذرائع ، ومعلوم أن هذه القاعدة لا تعتبر العناصر النفسية، وإنما تنظر إلى مآلات الأفعال ونتائجها، أي إن الوسيلة لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد أو الإذن والمنع، بل تأخذ حكم ما أفضت إليه، ولو كان تكييفها الشرعي في الأصل غير ذلك[2].

ولله در ابن القيم إذ يقول:" فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها؛ تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له ومنعا من أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبيان ذلك كل الإباء، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك"[3].

وعلى هذا فإذا كانت الذرائع التي هي عبارة عن تصرفات المكلفين تتجه إلى تحقيق المصالح المعتبرة شرعا كانت مطلوبة شرعا،طلبا يناسب درجة ذلك المقصد ،وإن كانت تتجه إلى جلب المفاسد كانت محظورة شرعا، "فالحكم على الذريعة إنما يكون بما تؤول إليه دون الاقتصار على جوازها في ذاتها، منعا من أن تكون أفعال المكلفين مناقضة لقصد الشارع"[4]...ومن هنا فإن بين الذرائع والتعسف تداخلا كبيرا فمتى كان استعمال الحق يفضي إلى ضرر كثير أو غالب منع من استعماله سدا لذريعة الضرر ، لذلك منع مالك وأحمد بيوع الآجال لأن مآل هذا البيع يجعل من السلعة لغوا لا معنى لها فصار البيع صورة حقيقته أكل الربا.

---

[1]- قال سحنون: قلت: فلو أن رجلا بنى قصرا إلى جنب داري ورفعها علي، وفتح فيها أبوابا وكوى يشرف منها على عيالي، أيكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟ قال نعم. يمنع من ذلك ، وكذلك بلغني عن مالك". ينظر: مالك بن أنس. المدونة.(474/4).

[2] - ينظر: الموافقات.(143/4).

[3] - ابن القيم: إعلام الموقعين: (3/ 109).

[4] - كمال لدرع: قاعدة سد الذرائع وأثرها في ضبط تصرفات المكلفين.مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.ع:11.ت:1422ه/2002م. ص:(56).

أما الشافعي فإنه وإن أسقط الذرائع إلا أنه اعتبر المآل أيضا جريا منه على أن البيع إذا كان مصلحة جاز،وما فعل من البيع الثاني فتحصيل لمصلحة أخرى منفردة عن الأولى[1].

فكلا الفريقين قد حكما مآلات الأفعال، وهذه الصورة قد اختلف فيها فقهاء الحنفية والشافعية من جهة، والمالكية والحنابلة من جهة أخرى ، وهي صورة من صور التعسف كما أنها صورة من صور الذرائع ، **وكلاهما فرعان عن أصل واحد هو النظر في مآلات الأفعال.** وعليه فلا يصح أن يقال إن الشافعي يجيز التذرع إلى الربا بحال ، إلا أنه لا يتهم من لم يظهر منه قصد إلى الممنوع ،ومالك يتهم بسبب ظهور فعل اللغو، وهو دال على القصد إلى الممنوع. فقد ظهر إذن أن قاعدة الذرائع متفق على اعتبارها وإنما الخلاف في المناط الذي يتحقق به التذرع[2].

وبالتأمل في تعليل هذا الحكم -أي حكم الوسيلة الجائزة أو المطلوبة في ذاتها- والذي تستمده من حكم ما أفضت إليه يرى أنه لدفع مناقضة الشارع وهذا هو درء التعسف في استعمال الحق، ومن هنا يبدو جليا كيف أقام الشاطبي نظريته هذه -في معيارها المادي- على أساس مبدأ سد الذرائع ، وهو مبدأ يتصل بروح الشريعة ومقاصدها العامة،هذا المبدأ القائم على دفع الضرر المتوقع بتحريم التسبب فيه والمنع من ممارسته قبل وقوعه،وهذا هو الدور الوقائي الذي تقوم به نظرية التعسف ، إذ يمنع صاحب الحق من استعمال حقه على نحو تعسفي انحرافا بالحق عن غايته التي شرع لها.

ليقال في الأخير: إن أبا إسحاق الشاطبي ومنعا منه للافتئات على مقاصد الشريعة عن طريق غير مباشر ، وذلك باتخاذ الذريعة المشروعة لتحقيق غرض غير مشروع ، أو بإفضائها إلى مآل ممنوع ، وتوثيقا منه للمصلحة أقام مبدأ سد الذرائع تحت الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح و درء المفاسد. فمنع بذلك اتخاذ الذريعة المشروعة في ظاهرها لإسقاط واجب أو هضم حق أو تحليل محرم، أو بالأحرى للاحتيال على مقاصد الشريعة وهدمها تحت ستار

---

[1] - الموافقات: (145/4).

[2] - فمالك يجعل وجود اللغو في البيعة المتوسطة دليلا على قصد التوسل الممنوع ، والشافعي يزيد في المناط دليلا أخص من هذا فيشترط ظهور القصد إلى الممنوع. ينظر: دراز: الموافقات. هامش: (145/4).

الحق .. كل هذا إقرارا منه أن مبدأ العدل في الإسلام ليس مفهوما نظريا فلسفيا مجردا، بل هو مبدأ واقعي متمثل في مقصود الشارع من الحكم وهو المصلحة الواقعية الحقيقية التي قصدها الشارع في التشريع ..

الفرع الثاني: قاعدة الاستحسان

تحدث الشاطبي عن الاستحسان كقاعدة رابعة تتفرع عن أصل النظر في المآلات ، ومقتضى الأخذ بها يرجع إلى مراعاة ما يؤول إليه الحكم بالنسبة إلى مصالح المكلفين الجزئية . ولكن قبل الخوض في الكلام على حقيقة الاستحسان كقاعدة مآلية وكيف عالجها، لا بد من ذكر نبذة عن هذا الأصل تتعلق بحقيقته لغة ثم اصطلاحا،ثم مابين الحقيقتين من مناسبة وارتباط..

أولا : حقيقة الاستحسان لغة واصطلاحا:

الاستحسان لغة: من الحسن وهو ضد القبح. واستحسن الشيء أي عده حسنا ، فالاستحسان اعتقادك للشيء ورؤيتك له متصفا بالحسن . سوا أكان ذلك الشيء حما أو غيره ، كان المستند إليه في هذا الاعتقاد شرعا أو عقلا أو هوى[1].

أما اصطلاحا: فقد أطلق الأصوليون لفظ الاستحسان على معان منها المقبول عندهم ومنها المردود ومنها المتفق عليه ، وكل هذه المعاني ترجع إلى أن الاستحسان ترك لدليل آخر، أو بعبارة أخرى تقديم دليل على دليل ، كما أنهم استعملوا هذه الكلمة أيضا فيما يجده المجتهد في نفسه من دليل لا يتمكن من إظهاره وإبرازه ، وقد قيلت فيه تعار يف كثيرة نذكر منها:

1: " أنه دليل ينقدح في ذهن المجتهد تعسر عبارته عنه"[2]. وقد عزي هذا التعريف إلى بعض علماء المالكية وهو ابن رشد الكبير[3] إذ ذكر

---

[1] - ينظر:الرازي: مختار الصحاح. مادة حسن. ص:(58). ابن منظور: لسان العرب. مادة حسن.(82/2).

[2] - ينظر: الآمدي الإحكام في أصول الأحكام.(163/4).

[3] - ابن رشد الكبير: هو محمد بن أحمد ابن رشد أبو الوليد.قاضي الجماعة بقرطبة،من أعيان المالكية.وهو جدّ الفيلسوف،له تآليف منها:المقدمات الممهدات.والبيان والتحصيل في الفقه.ومختصر شرح معاني الآثار للطحاوي.توفي بقرطبة:520ه.ينظر:ابن فرحون:الديباج.ص:(373).الزركلي:الأعلام.(317/5).

أنه قال في الاستحسان أنه ما ينقدح في قلب الفقيه من غير أن يرده إلى أصل معين بعينه[1].

وقد رفض أغلب العلماء هذا التعريف ونعته الغزالي بأنه هوس واعتبره استحسان المجتهد بعقله:" لأن ما لا يقدر التعبير عنه لا يدري أنه وهم أو خيال أو تحقيق ،ولا بد من ظهوره ليعتبر بأدلة شرعية .وأما الحكم بما لا يدري ما هو، فمن أين يعلم جوازه؟ أبضرورة العقل ونظره أم بسمع متواتر أو آحاد؟ ولا وجه لدعوى شيء من ذلك"[2].

2:وقال الكرخي[3]:" الاستحسان هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في
نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى"[4]. وهذا التعريف قال عنه الغزالي: بأنه:" مما لا ينكر وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة[5].

فهذا التعريف وإن بين صورة الاستحسان عند الحنفية من أنه إخراج صورة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لمقتض، إلا أنه لم يبين نوع ذلك المقتضي على أن فيه شيئا آخر وهو شموله العدول عن العام إلى الخاص وعن المنسوخ إلى الناسخ ، وليس هذا عندهم باستحسان[6].

3: قال ابن العربي[7] المالكي مبينا مذهب أصحاب مالك في الاستحسان:" وأما أصحاب مالك فلم يكن فيهم قوي الفكر ولا شديد

---

[1] - ينظر:-يعقوب الباحسين: رفع الحرج في الشريعة الإسلامية. ط:4. مكتبة الرشد. الرياض.ت:1422ه/2004م. ص:(278).- عبد الكريم النملة:المهذب في علم أصول الفقه المقارن.ط:1.مكتبة الرشيد،الرياض.1999م.(1000/3).

[2] - الغزالي: المستصفى.(281/1).

[3] - الكرخي هو: أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بد دلال بن دلهم الكرخي الحنفي، انتهت إليه رياسة الحنفية بعد أبي حازم وأبي سعيد البردعي . تفقه عليه أبو بكر الرازي والشاشي والتذوخي، وكان كثير الصلاة والصوم صبورا على الفقر والحاجة . صنف المختصر والجامع الكبير والجامع الصغير وأودعهم الفقه والحديث توفي سنة: 340ه. ينظر: ابن قطلوبغا : تاج التراجم : (ص:200).

[4] - ينظر: البخاري:كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت.1417ه/1997م.(04/4). :الآمدي: الإحكام . (164/4). القرافي: شرح التنقيح.ص:(355).

[5] - الغزالي: المستصفى: (281/1).

[6] - مصطفى شلبي: تعليل الأحكام . ط:2. 1401ه. 1981م. دار النهضة العربية بيروت. ص:(334). النملة: المرجع السابق.(1001/3).

[7] - ابن العربي:هو القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله المعافري الأندلسي،ختام علماء الأندلس وآخر أئمتها وحفاظها، ولد سنة: 468ه.كان من أهل التفنن في العلوم والاستبحار فيها. ألف تصانيف كثيرة منها العواصم من القواسم.عارضة الأحوذي، أحكام القرآن وغيرها.توفي سنة:543ه. ينظر:

المعارضة يبده إلى الوجود، وقد تتبعناه في مذهبنا فألفيناه منقسما أقساما..وقول مالك وأصحابه استحسن كذا معناه أوثر ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء والترخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته"[1].

ومزية هذا التعريف أنه صرح بأن الاستحسان رخصة يؤخذ بها استثناء من مقتضى الدليل ، وهو فهم جيد لهذا الدليل . ومقتضى هذا الاستثناء قد يكون عرفا أو مصلحة أو مراعاة للخلاف أو دفعا للمشقة وإيثارا للتوسعة على النفس .

هذا ويلاحظ من سلوك المالكية في بيان الاستحسان والمصالح المرسلة، أنهم أحيانا يمثلون بأمثلة للاستحسان مرة وللمصالح المرسلة مرة أخرى وملحظهم في ذلك الاعتبار: فباعتبار إخراجها عن عموم الدليل سموها استحسانا وباعتبار أنه لم يرد فيها نص معين ولم يرد من الشارع اعتبارها بذاتها وإلغائها سموها مصلحة مرسلة[2].

المناسبة بين الحقيقتين: بين المعنيين عموم وخصوص مطلق يجتمعان في استحسان دليل من الأدلة على غيره وتقديمه عليه ، وينفرد اللغوي في استحسان شيء غير الدليل من ملبس ومشرب وغيرها..

تعقيب:

الذي يبدو من تعدد هذه التعاريف أن الذين عرفوا الاستحسان نظروا إليه من زوايا بعض الفروع التي تأملوها ،فجاءت تعاريفهم متلائمة مع نظراتهم الجزئية.. ولو أنهم نظروا إليه كنظرية قائمة بذاتها وكمفهوم كلي يتحقق في أفراده عند تحقق معنى من المعاني يثبت بالأدلة لكان خيرا وأقوم...

لكن المؤسف – كما يقول الأستاذ الباحسين -:" أنهم لم يعيروا هذا المعنى الذي يتحقق به الاستحسان اهتماما وإنما اكتفوا بالتعاريف التي تعطيه الناحية الشكلية، وهي استثناء جزئية من حكم دليل أو قاعدة،ولم

الأذنروي:أحمد بن محمد.طبقات المفسرين.ت:سليمان الخزي.ط:1.مكتبة العلوم والحكم.المدينة.ت:1997م.ص:(180). الذهبي: محمد بن قايماز. المعين في طبقات المحدثين ط:1.دار الكتب العلمية. بيروت .ت: 1419ه/1998م.ص:(164).

[1] - ابن العربي: المحصول في أصول الفقه. اعتنى به. حسين علي البدري. ط:1. ت:1420ه. 1999م. دار البيارق للطباعة والنشر. عمان الأردن. ص:(132).

[2] - مصطفى شلبي: تعليل الأحكام. ص:(366). الزرقاء:المدخل الفقهي العام:(96/1).

يبحثوا إلا قليلا منهم في المعنى المشترك الذي يربط بين الأدلة التي يتحقق بها هذا الاستثناء"[1].

ثانيا: حقيقة الاستحسان عند الشاطبي

اعتبر الشاطبي الاستحسان ضربا من الاجتهاد الذي يخول للناظر في موارد الأحكام العمل بأقوى الدليلين متى دعت الحاجة إليه، لذلك نقل الشاطبي عن الإمام مالك أن الاستحسان تسعة أعشار العلم، وعقب على ذلك بقوله:" وهذا الكلام لا يمكن أن يكون بالمعنى الذي تقدم - وأنه ما يستحسنه المجتهد بعقله-أو أنه دليل ينقدح في نفس
المجتهد تعسر عبارته عنه، فإن مثل هذا لا يكون تسعة أعشار العلم ولا أغلب من القياس الذي هو حد الأدلة"[2].

لذلك انتقد الشاطبي من اعتبر الاستحسان مجرد دليل ينقدح في الذهن وقال:" أنه لو فتح هذا الباب، لبطلت الحجج وادعى كل من شاء ما شاء واكتفى بمجرد القول،

فألجأ الخصم إلى الإبطال وهذا يجر فسادا لا خفاء له"[3].

وعلى هذا عرف الاستحسان فقال:" هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثال تلك الأشياء المفروضة"[4].

فعبر عن الالتفات أو العدول أو الاستثناء بتعبير آخر هو الأخذ بمصلحة وسماها جزئية بالنظر إلى موقع الاستثناء فيها المقابل للدليل الكلي أو القاعدة العامة.. كل هذا النظر منه تأكيد على أن الاستحسان قاعدة تتفرع عن أصل عام هو النظر في المآلات ، فيكون مقتضى الأخذ بها يرجع إلى مراعاة ما يؤول إليه الأمر بالنسبة إلى مصالح المكلفين الجزئية.

وعليه إذا أدى إجراء القياس مثلا إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة، عدل عنه إلى الاستحسان كحالة استثنائية نوجه بها إجراء

---

[1] - الباحسين: رفع الحرج في الشريعة الاسلامية. ص:(287).
[2] - الشاطبي: الاعتصام.(138/2).
[3] - الموافقات:(151/2).
[4] - نفس المصدر: (149/4).

الأدلة وفق ما تقتضيه أهداف الشرع العامة، " وكثيرا ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي ، والحاجي مع التكميلي، فيكون إجراء القياس مطلقا في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارده ، فيسد تثنى موضع الحرج، وكذلك في الحاجي مع التكميلي أو الضروري مع التكميلي"[1].

والشاطبي بتعريفه هذا يبين حقيقة الاستحسان عند المالكية وأنه صورة من صور المصالح المرسلة، لذلك نجده عند سرده لأمثلة أو بالأحرى لأقسام الاستحسان عند المالكية أدخل مسألة تضمين الأجير المشترك تحت قسم الاستحسان الذي فيه ترك الدليل لمصلحة، رغم أن المالكية يدرجونها تحت باب المصالح المرسلة، ويزيل الشاطبي هذا الإشكال فيقول:" فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان؟ قلنا نعم. إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة"[2].

ومفاد هذا الكلام أن المصالح المرسلة منها ما هو استحسان ومنه ما ليس كذلك ، فما كان على سبيل الاستثناء فهو الاستحسان ، وما لم يكن كذلك فهو مصلحة فقط.

لذلك اشتهر مالك بالقول بالاستحسان ، ولكن لم ينقل عنه تحديد هذا الاستحسان، ويظهر أنه كان يكتفي بالمعنى ويترك العنوان في غالب الأحيان على نهج القول بالمصالح المرسلة، حيث فاق الأقران في الإفتاء بها واعتبارها حتى اشتهرت به واشتهربها ، وإلا فما معنى قوله:" الاستحسان تسعة أعشار العلم ". كما رواه اصبغ عن ابن القاسم رضي الله عنه. وكذلك لم يحدد التلاميذ الأولون هذا الاستحسان حيث لم يوجد حاجة إلى هذا التحديد[3]. بل قال أصبغ:" إن الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس "،وقد بالغ فيه فقال:"إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم"[4].

وبرجوعنا إلى طريقة الشاطبي في معالجة الاستحسان كقاعدة مآلية نجده قد راعى الأمور الآتية:

---

[1] - المصدر نفسه: (149/4).
[2] - الاعتصام: (141/2).
[3] - شلبي: تعليل الأحكام. ص:(365).
[4] - الاعتصام:(2/ 138).

1: بيان أن حاصل الأمر في الاستحسان أنه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإذا أدى اطراد القياس إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه عدل عنه مراعاة للمصلحة.

2: بيان أن العمل بالاستحسان لا يرجع إلى الأذواق ولا يخضع إلى الأهواء، وإنما يعتمد فيه على ما علم من قصد الشارع في الجملة.

3: وعليه فإن الوقوف مع مقتضيات الأدلة العامة قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تفويت مصالح جزئية أو مس قاعدة معتبرة أو بعبارة أخرى مناقضة قصد الشارع- والمناقضة تعسف- فيعدل إلى الاستحسان كقاعدة مآلية تخدم مبدأ الالتزام بالمقاصد الشرعية، فقاعدة الاستحسان إذن مبناها، على اعتبار المآل في تحصيل المصالح أو درء المفاسد على الخصوص ، حيث كان الدليل العام يقتضي منع ذلك ، لأنا لو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى ذلك إلى رفع ما اقتضاه الدليل من المصلحة ،فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه[1] .

هذا مقام الاستحسان عند الشاطبي،ولا شك أن الأخذ بالمنهاج الذي سلكه في تقريره يدفع أدنى شك حول حجية هذا الأصل من جهة،ومن جهة أخرى يجعل من الشريعة الإسلامية تربة خصبة منتجة مشبعة لحاجات الناس في كل عصر وفي كل أوان...

ثالثا: أصل الاستحسان للتيسير ومنع التعسف

تقرر أن مبدأ الاستحسان متفرع أيضا عن أصل النظر في المآلات، لأن الاستحسان في مفهومه الأصولي ليس إلا استثناء للمسألة من حكم القاعدة العامة لتعطي حكما جديدا هو ألصق بالعدل والمصلحة، وبناء على دليل أقوى من القاعدة نفسها لظروف ملابسة أدت إلى نتائج غير مشروعة،" فهو إذن ضرب من النظر في مآل التطبيق من حيث هو مصلحة مقصودة شرعا . ولهذا قيل إن الاستحسان التفات إلى المصلحة والعدل، وكلاهما غاية التشريع"[2].

وكما سبق: فإن الأصوليين اكتفوا في تعريفهم للاستحسان بقولهم هو عدول أو التفات أو استثناء ، ولم ينظروا في المعنى المشترك الذي يتحقق به هذا الاستثناء أو العدول ، لذلك لم يوجد من العلماء من حاول

---

[1] - الموافقات:(141/4).

[2] - الدريني: المناهج الأصولية. ص:(31).

الكشف عن لبه وفحواه إلا قليلا. فهذا الإمام السرخسي[1] يقول: "كان شيخنا الإمام يقول : الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أرفق بالناس ، وقيل الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام،وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة. وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة . وحاصل هذه العبارات أنه ترك للعسر لليسر وهو أصل في الدين[2] قال الله تعالى:(يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ).[البقرة/ 185].

وهاهو الإمام الشاطبي يعبر عن هذا المعنى بكل جلاء ووضوح ويجعل مقتضى قاعدة الاستحسان مراعاة ما يؤول إليه الأمر بالنسبة إلى مصالح المكلفين الجزئية فيقول:" وكثيرا ما يتفق هذا في الأصل الضروري مع الحاجي ، والحاجي مع التكميلي ، فيكون إجراء القياس مطلقا في الضروري يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارده فيستثنى موضع الحرج"[3].

ومعنى هذا أن إجراء القياس إذا أدى إلى تفويت مصلحة عدل عنه إلى الاستحسان كحالة استثنائية يستثنى بها موضع الحرج لوجه يقتضي التخفيف ويكشف عن وجود حرج ومشقة عند إلحاق تلك الجزئية بنظائرها في الحكم.

فالشاطبي إذن: التفاتا منه إلى العدل والمصلحة ، أتى بمؤيدات لمبدأ العدل هي بعينها مؤيدات لنظرية التعسف ، لأنها تقوم على مقتضيات العدالة فأدرك بثاقب نظره وما رزق من ملكة فقهية أن الجري وراء ظواهر النصوص؛ أو العمل بمقتضى القياس يؤدي في بعض الوقائع إلى ما يناقض مقصد الشارع ، وفي هذا خروج عن روح الشريعة ومقاصدها العامة.

فمبدأ الاستحسان يعتبر توثيقا لمبدأ المصلحة والعدل ، ولو اقتضى ذلك استثناء بعض الوقائع من حكم نظائرها لمقتضى أقوى في الاعتبار

---

[1] - السرخسي: هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي . شمس الدين إمام الأئمة صاحب المبسوط كان عالما أصوليا مناظرا . صنف كتاب المبسوط في الفقه في أربعة عشر مجلدا. وشرح مختصر الطحاوي. وشرح كتاب الكسب لمحمد بن الحسن . مات في حدود الخمسمائة . ينظر:ابن قطلوبغا: تاج التراجم: ص:(234).

[2] - ينظر: السرخسي: المبسوط .ط:2.دار المعرفة للطباعة والنشر،بيروت لبنان. ت:1990م. (145/10).

[3] - الموافقات: (149/4).

، فحاصل الاستثناء في أكثر الأحوال التفات إلى المصلحة والعدل ..ولا ريب أن الاتجاه إلى العدل والمصلحة اتجاه إلى روح الشريعة ومقاصدها العامة ، بل إلى الغرض الأساسي الذي من أجله أنزلت الشرائع.

والشاطبي بتقريره للاستحسان على أنه استثناء لموضع الحرج يبين أن أصل مشروعيته للتيسير ومنع غلو القياس والغلو في بعض صوره تعسف،كما في انتفاع المالك بملكه على وجه يضر بجاره ضررا فاحشا بينا ، فإن مقتضى القياس أن المالك مطلق التصرف فيما هو خالص حقه[1]، لكن بالنظر إلى ما يفضي إليه العمل بمقتضى هذا القياس من لزوم أضرار فاحشة بالغير عدل عنه إلى الاستحسان ومنع المالك من التصرف بملكه على هذا النحو لما يفضي إليه القياس من الغلو واعتساف المصلحة[2].

وذلك أن حرية التصرف في الملك سلبا أو إيجابا وإن كانت هي الأصل، إلا أنها يجب أن تمارس على وجه لا يلحق ضررا فاحشا بالغير، فلا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه على وجه يضر بغيره دون أن يجني من تصرفه منفعة من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، أو بعبارة أخرى دون أن يقصد إلى غرض صحيح[3].

فاستعمال الحق لذي يلزم منه إضرار بالغير ولو لم تكن مقصودة ، لا يعدو هذا الاستعمال أن يكون ذريعة إلى ذلك فيمنع استعمال صاحب الحق لحقه على هذا النحو توثيقا للمصلحة، " فإن الحقوق لم تشرع لتكون ذرائع لهذا الغرض فالمناقضة لقصد الشارع في هذا الاستعمال ظاهرة، ولو كان الاستعمال في ظاهره يستند إلى حق ، ولا شك أن المصلحة هي من أظهر مقاصد الشرع فاستثني هذا الحكم من القياس وهو أن الناس مسلطون على أموالهم"[4].

وختام القول في هذا: أن المتأمل لحقيقة فهم الشاطبي لدليل الاستحسان يجده يقوم على ضرورة أنه" اعتبار للمآل في تحصيل

---

[1] - الزيلعي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق..(274/4).

[2] - الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده . ص: (118).

[3] - أحمد موافي: الضرر في الفقه الاسلامي. ط:1. دار ابن عفان. المملكة العربية السعودية. 1418ه. 1997م. ص:(78).

[4] - الدريني:الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده: ص:(119).

المصالح أو درء المفاسد على الخصوص"[1]. لا لشيء إلا لأن الوقوف مع مقتضيات الأدلة العامة وظواهر النصوص والأقيسة المطردة قد يؤدي في بعض الأحايين إلى تفويت مصالح جزئية أو إن شئت القول تفويت مقصد الشارع في تلك الجزئية خاصة، ومن هنا يلجأ إلى الاستحسان كقاعدة تعمل على استثناء مواطن الحرج ودفع غلو القياس أو بعبارة أخرى تمنع التعسف في استعمال الحق لأن الغلو في بعض صوره تعسف، لتستقيم بذلك العلاقة بين الضروريات ومكملاتها وتجري الأدلة وفق أهداف الشريعة ومقاصدها العامة.

كانت هذه قواعد المآل التي جعل منها الشاطبي أصلا للتعسف، ولا بأس في هذا المقام أن أشير إلى قاعدتين فرّعهما الشاطبي عن هذا الأصل هما قاعدتي مراعاة الخلاف ،وقاعدة الإقدام على المصالح الضرورية والحاجية وإن اعترض طريقهما بعض المناكر:

أما **قاعدة مراعاة الخلاف**:فهي عند القائلين بها:"إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر"[2] . وهذه القاعدة بالمعنى المذكور من أصول المالكية المعتبرة،ولقد أغفل بعض المالكية ذكرها ،بل ذهب بعضهم إلى تضعيفها حتى قال:"إن مراعاة الخلاف أضعف أصول المذهب كيف كان الخلاف"[3]. لكن المحققين في أصول المذهب قد ذكروها وفصّلوا القول فيها باعتبارها أصلا عريقا من أصول مالك،وإنما أنكر بعضهم هذا الأصل لما تناقلوه من عبارة عند إيرادهم لهذه القاعدة وهي قولهم:" وتارة يراعي الخلاف وتارة لا يراعيه".ففهموا التردد في نسبة القول بهذا الأصل لمالك.

والحقيقة أن الأمر ليس كذلك،والعبارة لا يراد منها ماتوهموه،وإنما أراد هؤلاء أن مالكا كان يراعي بعض الخلاف دون بعض،وهذا معروف أنه لا يراعي كل خلاف ،وإلا لما ثبت له مذهب ولما استقر له قول،فإن الخلافات الشاذة والضعيفة لا تنتهي في الفقه[4].

---

[1] - الموافقات:(150/4).

[2] - ينظر:التسولي:علي عبد السلام.البهجة في شرح التحفة.ضبطه:محمد شاهين.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت.ت:1418ه/1988م.(21/1). المقري: القواعد الكبرى.ص:(236).

[3] - صاحب هذه المقولة هو الونشريسي في معياره.ينظر: المعيار المعرب:(496/4).

[4] - ينظر: محمد الأمين الشيخ:مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده.ط:1.دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث.دبي،الإمارات.ت:1423ه/2002م.ص:(77).

وقد كان مستند الشاطبي في العمل بمراعاة الخلاف يقوم على مبدأ تحري قصد الشارع إلى تحقيق العدل ورفع الضرر عن المكلفين،فمتى رأى المجتهد أن الاستمرار في التمسك بمقتضى الدليل إلى مابعد الوقوع يؤدي إلى مناقضة قصد الشارع في نصب الأدلة الشرعية عمل بقاعدة مراعاة الخلاف كدليل يتلاءم وطبيعة الوقائع الجزئية وحالات الخصوصيات الفردية[1] .

وأما قاعدة الإقدام على المصالح الضرورية أو الحاجية وإن اعترض طريقها بعض المذاكر ،فحاصلها كما يقول الشاطبي:" أن الأمور الضرورية أو غيرها من الحاجية والتحسينية إذا اكتنفتها من خارج أمور لا ترضى شرعا،فإن الإقدام على جلب المصالح صحيح على شرط التحفظ بحسب الاستطاعة من غير حرج"[2] .

ويمكن التمثيل لها بتعاطي البيع والشراء والتعامل مع الناس، مع تعرض المسلم في كل هذه المعاملات لبعض المنكرات ووقوعه في الشبهات،وذلك لما في ترك هذه المصالح من الضرر الذي يربو كثيرا على مصلحة التحرز من المنكرات واتقاء الشبهات. وعليه فالعوارض والمناكير لا تخرج تلك الأمور عن أصولها ،لأنها أصول الدين وقواعد المصالح،"والحاصل في هذا اعتبار مآلات الأعمال"[3].

وفي خاتمة هذا المبحث:فإن المتأمل في الكيفية التي عالج بها الشاطبي هذا الأصل وقواعده يجدها تقوم على مبدأ خدمة المقاصد الشرعية ، سواء تعلق الأمر بمقاصد الشارع أو بمقاصد المكلفين ، وجملة ما يمكن استخلاصه في هذا المبحث يتمثل في:

أولا: إن أصل النظر في المآلات يقضي أن الأفعال محكومة بنتائجها ، لأن النظر في المآلات مقصود معتبر شرعا. ومن هنا وجب أن يكون مآل استعمال الحق موافقا لقصد الشارع ،وإلا وقعت المناقضة ، والمناقضة عين التعسف.

ثانيا: أقام الشاطبي نظرية التعسف في معيارها المادي على قاعدة سد الذرائع التي تقوم على تقوم على مبدأ دفع الضرر المتوقع بتحريم

---

[1] - ينظر: الموافقات:(148/4).

[2] - نفس المصدر:(152/4).

[3] - المصدر نفسه. وينظر: حامد حسان:نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي.ص:(303).

التسبب فيه ، والمنع من ممارسته قبل وقوعه، وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف .مرد ذلك كله الالتفات إلى المصلحة والعدل أو التصدي للتعسف في استعمال الحقوق..

ثالثا: إن الشاطبي بتقريره لمبدأ الاستحسان على أنه استثناء لموضع الحرج ، يبيّن أن أصل مشروعيته للتيسير ومنع غلو القياس ، والغلو في بعض صوره تعسف،فمبدأ الاستحسان يعتبر توثيقا لمبدأ المصلحة والعدل أيضا ، ولا ريب أن الاتجاه إلى المصلحة والعدل اتجاه إلى روح الشريعة ومقاصدها العامة.

خلاصة الفصل:

وجملة النتائج التي يمكن استخلاصها من خلال ما أصله الشاطبي في هذا الفصل هي:

أولا: إن الشاطبي باعترافه بحق الفرد وحق المجتمع على السواء ، حافظ على فكرة الحق وجودا وثباتا ،لأن الحق عند يقوم على عنصريين فردي وجماعي في آن واحد ،فالحق حقّ الله كسبا وانتفاعا وليس خاصا حتى يتصرف فيه بإطلاق.وبناء على هذا فلا يجوز استعمال الحقوق في غير ما شرعت له، لأن الحكم الشرعي الذي هو منشأ الحق والإباحة غائي ،يستهدف تحقيق مصلحة قصدها الشارع في التشريع.

ثانيا: إن استعمال الحق إذا أفضى إلى مفسدة تربو على المصلحة التي وضعت له لظرف من الظروف ، منع التسبب في ذلك- حتى ولو كان القصد حسنا- لأن النظر في النظر في مآلات الأفعال مقصود معتبر شرعا، فالحقوق إذن وسائل منحت للفرد لتحقيق الحكمة الغائية التي من أجلها شرعت ، ويتفرّع على هذا أن مناقضة هذه الحكمة – قصدا أو مآلا- تبطل التصرف ولو كان في أصله يستند إلى حق، فلابد لصحة التصرف أن يكون مطابقا للشريعة مبنى ومعنى.

ثالثا: وعلى هذا فالتصرفات المأذون فيها إذا أفضت بذاتها إلى مآل ممنوع منعت ولم تشرع ،لأن هذه التصرفات إنما شرعت في الأصل وسائل لتحقيق مصالح لا مفاسد،فالمناقضة ظاهرة ،والمناقضة تعسف.وكذلك إذا كان الباعث على التصرف الذي ظاهره الجواز تحقيق أمر غير مشروع لم يشرع بالنظر إلى هذا الباعث .ولا يصلح هذا الفعل الذي ظاهره الجواز مقتضيا لمشروعيته مع هذا الباعث أو المآل الواقع أو المتوقع غير المشروع . وهذا هو لباب نظرية التعسف.

المبحث الأول: التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله

تتناول الدراسة في هذا المبحث بيان أو تحقيق ماهية التعسف عند الشاطبي من خلال التكييف الفقهي له، ثم بيان الأدلة التي استند إليها الإمام في تحليله ليختم المبحث ببيان أبرز مظاهر التعسف عند الشاطبي وذلك من خلال ثلاثة مطالب كالآتي:

المطلب الأول: التكييف الفقهي للتعسف

قبل البحث في تأصيل التعسف وعرض رأي الشاطبي فيه، لا بد أولا من بيان حقيقة التعسف وطبيعته عند الإمام، وذلك تمييزا له عن مجاوزة الحق أو التعدي فيه، وهو بحث له أهميته من حيث إنه ينتهي بنا إلى تقرير استقلال نظرية التعسف عند الشاطبي أو تبعيتها لنظرية التعدي وذلك في فرعين اثنين:

الفرع الأول: حقيقة التعسف

لم يرد على لسان الشاطبي كلمة "إساءة" أو "التعسف" بمعناه المتعارف عليه في هذا العصر، ولكن وردت تعابير أخر تدل على معنى التعسف وحقيقته وإن لم تصرح به لفظا لكنها دلت عليه بالمعنى الذي نقصده اليوم من هذه الكلمة،ولإدراك هذه الحقيقة؛لا بد من بيان المصطلحات التي عبّر بها الشاطبي عن التعسف،ثم انطلاقا من مضمونها يتم تحقيق معنى التعسف وتعريفه:

أولا:مسميات التعسف

إن المستقرئ لكلام الشاطبي يجده يعبر عن معنى التعسف بتعابير مختلفة،لكنها متفقة في مضمونها، وهذه الآن بعض الفقرات مستقراة من كلام الشاطبي تدل على معنى التعسف وحقيقته:

الفقرة الأولى: التعسف:"استعمال مذموم"

يقول الشاطبي:"إن المُباحات إنما وضعها الشارع للانتفاع بها وفق المصالح على الإطلاق، بحيث لا تقدح في دنيا ولا دين وهو الاقتصاد فيها، ومن هذه الجهة جعلت نِعما وعُدت مِننا وسُميت خيرا وفضلا. فإذا خرج بها المكلف عن ذلك الحد بأن تكون ضررا عليه في الدنيا أو الدين؛ كانت من هذه الجهة مذمومة لا من جهة الأصل، لأنها صدرت

عن مراعاة وجوه الحق السابقة واللاحقة والمقارنة أو عن بعضها فدخلت المفاسد بدلا عن المصالح... فإذا تأملت الحالة وجدت المذموم تصرف المكلف في النعم لا أنفس النعم ، إلا أنها لما كانت آلة للحالة المذمومة دُمت من تلك الجهة"[1].

والشاطبي بكلامه هذا يوضح أن الفعل المستند إلى جواز شرعي مشروع لذاته، لكنه مشوب بعيب في باعثه أو نتيجته، وهذا ما أوضحه في غير موضع بصدد الانتفاع بالنعم إذ يقول في موضع آخر:"إن المكلف إذا أخذ المباح كما حد له لم يكن فيه من وجوه الذم شيء، وإذا أخذه من داع هواه ولم يراع ما حد له، صار مذموما في الوجه الذي اتبع فيه هواه... ومثاله أنه إذا تناول مُباحا على غير الجهة المشروعة قد حصل له في ضمنه جريان مصالحه على الجملة وإن كانت مشوبة فبمتبوع هواه والأصل هو النعمة لكن هواه أكسبها بعض أوصاف الفساد"[2].

وهو بهذا يؤكد أن الانتفاع بالمباح قد يكون مذموما لا من جهة الأصل لأنه مأذون فيه بل من جهة الانحراف عن جهة التوسط والاعتدال، فالمكلف إذا أخذ النعمة على الوجه الذي قصده الشارع فلا ذم ولا تثريب. ومأتى الذم ليس هو أصل النعمة بل الانحراف عن **الوجه المشروع الذي رسمه الشارع للانتفاع بها**، ليوضح بعد هذا بعبارة جلية أن هذا هو التعسف في استعمال الحق فيقول:" فلم يزل أصل المباح وإن كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب **والاستعمال المذموم**"[3].

فتأمل كيف انطلق الشاطبي من فكرة الاقتصاد والاعتدال ، ليوضح أن عدم اعتبارها أو إهمال النظر فيها يؤول إلى الاستعمال المذموم، لأن في هذا خروجا عما حده الشارع فيها .ومن هنا صار استعمالها مذموما رغم أن أصل الفعل مباح لا ذم فيه بل قصد الشارع إلى تحصيله بيّن.

الفقرة الثانية: التعسف:"استعمال على غير الوجه المقصود"

---

[1]- الشاطبي: الموافقات.(163/3).

[2]- الموافقات:(164/3).

[3]- الموافقات:(165/3).

ويعبر الشاطبي عن التعسف أو إساءة استعمال الحق[1] بكلمة **الاستعمال على غير الوجه المقصود** فيقول:"إن كون النعم تؤول بأصحابها إلى النقم إنما ذلك من جهة وضع المكلف، لأنها لم تصر نقما في أنفسها، بل **استعمالها على غير الوجه المقصود فيها** هو الذي صيرها كذلك، فإن كون الأرض مِهادا والجبال أوتادا وجميع ما أشبهه نعم ظاهرة لم تتغير، فلما صارت تقابل بالكفران بأخذها على غير مأخذ الشارع صارت عليهم وبالا، وفعلهم فيها هو الوبال في الحقيقة لا هي لأنهم استعانوا بنعم الله على معاصيه"[2].

ومعنى هذا الكلام أن النِّعم المبثوثة في الأرض أي المباحات باقية على أصل وصفها وإنما يتعلق بها المدح والذم من جهة المُكلّفين إذا أُستعمِلت على غير الوجه المقصود فيها،أوبعبارة أخرى إذا تُعسِف في استعمالها. مبينا بهذا أن إساءة استعمال الحق أو ممارسة المباحات من كفران النعمة، وأن النعمة إذا جرت في التكاليف بحسب المشروع فذلك هو الشكر الذي أُنزلت الشريعة لبيان وجهه.

الفقرة الثالثة: التعسف:"مناقضة الشارع"

وفي هذه الفقرة يسمي الشاطبي التعسف مناقضة لقصد الشارع فيقول:"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 تُشرع له فعمله باطل"[3].

وعليه فإنّ كل حق أو إباحة وإن أذِن فيه الشارع ابتداء ، لا يجوز استعمال ما ينشأ عن هذا الإذن-وهو الحق أو الإباحة- في غير ما وضعه الشارع له، بل يجب أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع، وإلا كان مناقضا لقصد الشارع ، والمناقضة عين التعسف، ويزيد هذا المعنى توكيدا قوله :" إذا قصد المكلف عين ما قصده الشارع بالإذن، فقد قصد وجه المصلحة على أتم وجوهه فهو جدير بأن تحصل له ، وإن قصد غير ما قصده الشارع فقد جعل ما

---

[1]- درج فقهاء القانون في جمهورية مصر العربية وفي الجمهورية السورية العربية وفي الجمهورية الجزائرية على استعمال كلمة تعسف .وأما في لبنان فآثروا استعمال كلمة إساءة بدل تعسف.

[2]- الموفقات. (167/3).

[3]- الموافقات:(252/2).

قصد الشارع مهمل الاعتبار، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا، وذلك مضادة للشريعة ظاهرة"[1].

الفقرة الرابعة: التعسف:"استعمال على غير الوجه المشروع"

ويسميه أحيانا **استعمالا على غير الوجه المشروع** فيقول:" إن الفدية شرعت للزوجة هروبا من ألا يقيما حدود الله في زوجيتهما ، فأبيح للمرأة أن تشتري عصمتها من الزوج عن طِيبِ نفس منها خوفا من الوقوع في المحظور ، فهذه بذلت مالها طلبا لصلاح الحال بينها وبين زوجها وهو التسريح بإحسان ، وهو مقصِد شرعي مطابق للمصلحة لا فساد فيه حالا ولا مآلا ، فإذا أضربها لتفتدي منه؛ **فقد عمل هو بغير المشروع** حين أضربها لتفتدي منه لغير موجب"[2].

وهذا الكلام يُفهم منه أن قصد الزوج المضارة بزوجته حتى يحملها لتفتدي منه عمل بغير المشروع، أي تعسف في استعمال الحق..

كانت هذه فقرات من كلام الشاطبي عبر في كل منها على التعسف بتعبير خاص ، وهذه التعبيرات وإن اختلفت في مبناها ، ألا أنها اجتمعت على معنى واحد، هو ما اصطلح عليه في زمننا بالتعسف في استعمال الحق، فتارة يسميه استعمالا مذموما ، وأخرى يسميه خروجا عن المحدود، وثالثة يسميه استعمالا على غير الوجه المقصود، ورابعة يسميه مناقضة للشارع..وأيا ما كان.فما المقصود بالتعسف عند الشاطبي؟ أو ما حقيقته؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق ؟.

ثانيا:تعريف التعسف

يقرر الشاطبي أن استعمال الحق في غير ما شُرع مناقضة للشارع ومناقضة الشرع عينا باطلة فما يؤدي إليها باطل فيقول:" لما ثبت أن الأحكام الشرعية شُرعت لمصلحة العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك ، فإذا كان الفعل 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 قُصِد بها أمور أخر هي معانيها وهي المصالح التي شُرعت من أجلها ،

[1] - نفس المصدر:(253/2).

[2] - المصدر نفسه:ص:(293/2).

فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"[1].

وهنا يصوّر الشاطبي أبرز وجوه التعسف ، وهو ما كان الباعث فيه غير مشروع ، أي التعسف في جانبه الذاتي.وهذا النص أصل في التعسف ويمكن من خلاله استخلاص أمور على أساسها تتضح حقيقة التعسف وهي:

أولا: قوله:" لما ثبت أن الأحكام الشرعية.. لأنه مقصود الشارع فيها كما تقدم".فيه دلالة أن التصرفات الشرعية ، وما تُخوله من أفعال مشروعة لمباشرتها، ليست إلا مجرد وسائل لتحقيق المصالح التي شُرعت من أجلها، بناء على الأصل العام الذي وضعت له الشريعة ابتداء ، وبذلك أضحت هذه الوسائل في الشرع مُقيدة بمصالحها التي شُرعت من أجلها ، والانحراف بها عن هذه الغاية هو التعسف بعينه.

ثانيا: قوله:" وإن كان الظاهر موافقا .." ، فيه دلالة أن ظاهر الفعل أي صورته وهيئته الشرعية وإن كان موافقا للشرع، فلا يمنعه من أن يصبح غير مشروع إذا كان القصد أو الباعث غير مشروع ، فالعبرة إذن ليست بالظاهر المشروع؛ بل لا بد من موافقة قصد الشارع ظاهرا وباطنا، لما تقرر من أن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع[2] ، وإلا فقد ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما وضعت له فناقضها، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل.

ثالثا: قوله:" وإنما قصد بها أمور أخر.." دليل بيّن على أن مشروعية استعمال الحق أو الإباحة مرهون بالغاية التي شرع من أجلها أو إن شئنا القول بالمصالح التي قصدها الشارع من تشريعه[3]، وعلى هذا فعدم المشروعية فيها مرتبط بالانحراف عنها لمناقضة قصد الشارع في استعمالها.

رابعا: على أنه يقال: إن هذا المعنى للتعسف ، أي التعسف باعتبار القصد ، وإن كان يمثل جانبا هاما منه -وهو الجانب الذاتي- إلا أنه لا يستوعب جميع حالات التعسف وهي التي تمثل الجانب الموضوعي ،

---

[1]- الموافقات:ص:(292/2).

[2]- الموافقات:(251/2).

[3]- نفس المصدر:(253/2).

وذلك فيما إذا أدى استعمال الحق إلى أضرار لاحقة بالمصلحة العامة، أو أضرار فاحشة لاحقة بالغير، حتى ولو كان القصد سليما ، لذا قرر الشاطبي أصلا عظيما يقضي بأحكامه وقواعده على جميع الحقوق، هو أصل النظر في المآلات[1]، وعلى هذا فكل استعمال للحق يفضي قطعا أو ظنا أو في الكثير الغالب إلى غير غايته التي رسمها الشارع أو إلى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي شرع الحق من أجلها أو راجحة عليها صار تعسفا في استعمال الحق، ولو كان القصد حسنا، لأن العبرة بهذه النتيجة في تكييف استعمال الحق، وهي هنا مناقضة لقصد الشارع.

وبعد هذا التقرير الذي اتضحت من خلاله معالم فكرة التعسف عند الشاطبي، وتأسيسا على ما تقرر في مبنى النظرية ،وعلى ضوء ما تقدم من أساس الحق وطبيعته، وعلى ضوء الأصول التي بنى عليها أبو إسحاق نظريته هذه، يمكننا القول بأن التعسف عند الشاطبي هو:**"أن يتصرف الشخص تصرفا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له أو إباحة مأذون له فيها شرعا، مناقضا لوضع الشارع -قصدا أو مآلا-، على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف المصلحة التي قصدها الشارع في التشريع".**

وتعريف التعسف بهذا المعنى يبين حقيقته التي يقوم عليها **وهي المناقضة لقصد الشارع** وهذه المناقضة أو المضادة كما يعبر عنها الشاطبي أحيانا، لها معياران هما القصد والمآل ذلك أن المناقضة إما أن تكون مقصودة إذا كان الباعث غير مشروع، وإما أن تكون غير مقصودة إذا كانت مآلات الأفعال مضادة للأصل العام الذي وضعت له الشريعة ابتداء وهو جلب المصالح ودرء المفاسد. وبهذا يكون للتعسف عند الشاطبي معياران: الأول المعيار الذاتي أو الشخصي،والثاني المعيار الموضوعي أو المادي. وهذا الثاني يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة وما يلزم عن عمله من مفسدة .فمأتى التعسف عنده إما بسبب الباعث غير المشروع الذي يناقض قصد الشارع،وإما بسبب ما آل إليه تصرفه من أضرار فاحشة بغيره.

كانت هذه حقيقة التعسف عند الشاطبي والسؤال المطروح هنا الآن :هل ثمة فرق بينه -أي التعسف- وبين مجاوزة الحق أي- التعدي-؟ أم

[1]- الموافقات:(140/4) وما بعدها.وينظر الصفحة:(149) وما بعدها من هذه الرسالة.

أن الشاطبي سار على ما سار عليه الأقدمون في إدخالهم التعسف تحت مفهوم التعدي ؟ لينتهي بنا المطاف في الأخير إلى تقرير استقلال نظرية التعسف أو تبعيتها لنظرية التعدي عند الإمام.

الفرع الثاني : طبيعة التعسف عند الشاطبي

فصل الشاطبي حالات الضرر التي ترتب على استعمال الحقوق مفصلا حكم كل حالة على حدة ومبينا مبنى المسؤولية فيها، وعلى كل فبيان هذه الحالات ووجه التعسف فيها له مقام آخر سيأتي تحرير الكلام فيه قريباً ، والذي يهمنا من هذه الحالات والتي من خلالها يمكن تحديد طبيعة التعسف عند الشاطبي ، هي الحالة التي صرّح فيها بأن التعسف في استعمال الحق هو من باب التعدي بطريق التسبب ، يظهر ذلك من خلال تأصيله للمسؤولية في التعسف وأن مبناها "التعدّي " حيث بدا جلياً الأساس الذي استند إليه في منع التعسف في استعمال الحق وهو أن صاحب الحق يعتبر متعدياً لا متعسفاً .

ومشكلة هذا التكييف الفقهي عند الشاطبي- لهذه الحالة- تنشأ عن أن التعدي ما معياره وضابطه ؟ وهل يقصُر التعدي بضابطه هذا الذي حدده الشاطبي أن يشمل جميع حالات التعسف ؟ وبهذا إذا تبين قصوره ، فعلى أي أساس تبنى المسؤولية ؟

الإجابة عن هذه التساؤلات تتلخص في ثلاث نقاط :

أولاً: التعسف في بعض صوره تعدٍ بطريق التسبب

إن الحالة التي اعتبر الشاطبي التعسف فيها من باب التعدي بطريق التسبب هي حالة ما إذا استعمل صاحب الحق حقه لا بقصد الإضرار بغيره غير أنه **يعلم بلزومه قطعاً "عادة"**، أي أن لزوم الضرر مقطوع بوقوعه عادة والمستعمل لحقه يستيقن ذلك.

ويري الشاطبي أن حكم هذه الحالة يتردد بين نظرين[1] :"نظر من حيث كونه -أي المستعمل لحقه- قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا من غير قصد إضرار بأحد فهو من هذه الجهة جائز لا محظور فيه ،ونظر

[1]- الموافقات:(271/2).

من حيث من كونه عالما بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه، فإنه من هذه الجهة مضرة لقصد الإضرار، أي قرينة دالة على هذا القصد، لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد شرعي ضروري ولا حاجي ولا تكميلي فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع، وإما فعل لمأمور به على وجه يقع فيه مضرة مع إمكان فعلها على وجه لا يلحق فيه مضرة وليس للشارع قصد في وقوعه على الوجه الذي يلحق به الضرر دون الآخر".

وعلى كلا التقديرين السابقين الذين ذكرهما الشاطبي فإن توخي الشخص في استعمال حقه على هذا الوجه مع حصول العلم بالمضرة التي تلزم عن استعماله لا يخلو هذا الاستعمال من أمرين :"إما أن يكون المستعمل لحقه مقصرا في النظر المأمور به، وذلك ممنوع. وإما أن يكون قاصدا باستعمال حقه إلى نفي الإضرار، وهذا في المنع أشد"[1].

ثم ختم كلامه ببيان الأساس الذي استند إليه في منع الشخص من استعمال حقه فقال:" لكن إذا فعله **فيعد متعديا بفعله** ويضمن ضمان المتعدي على الجملة"[2].

وفي هذا تصريح لا لبس فيه بأن مبنى المسؤولية هنا في استعمال الحق هي كون الشخص متعديا في استعمال حقه أي أن التعسف في استعمال الحق هو من باب التعدي بطريق التسبب إذ كان التقصير في النظر المأمور به ، وإذا كان في تقدير أنه فاعل لمأمور به ،أو مظنة قصد الإضرار يعتبر تعديا عند الشاطبي ،فقصد الإضرار يعتبر تعديا من باب أولى لما تقرّر من المئنة أولى بالاعتبار من المظنة..

ثم يؤكد الشاطبي هذا التكييف ومبنى المسؤولية فيه عندما يفرض صورة أخرى وهي حالة إفضاء استعمال الحق إلى ضرر غالب من الظن لا قطعي، وحاصلها كما قال أن الظن بالمفسدة والغرر لا يقوم مقام القصد إليه. وعلى هذا فالأصل الجواز بقطع النظر عن واقعات الضرر المادية اللازمة عن استعمال الحق ،"إلا أنه لما كانت المصلحة تسبب مفسدة من باب الحيل أو من باب التعاون منع من هذه الجهة لا

[1]- الموافقات :(273/2).
[2]- المصدر نفسه:(271/2).

من جهة الأصل"[1]، وصار استعماله للحق هنا تعديا من جهة أنه مظنة للتقصير .

وفي هذه الحالة صرح أيضا بالأساس الذي تبنى عليه المسؤولية وهو التعدي على خلاف يضعف مدركه في إحلال المظنة محل المئنة .وبناء على ما قرره الشاطبي هنا يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محظور متعديا بطريق التسبب،لتقصيره عند استعمال حقه،إمّا بقصد الإضرار أو بالسعي في حصول مفاسد غالبة أو في تحقيق أغراض غير مشروعة ليكون مسئولا عن هذا التقصير.

وبعد هذا التقرير يمكن استخلاص عناصر أو أسس فكرة التعدي عند الشاطبي وحصرها في ثلاثة نقاط[2] :

الأولى: تمحض قصد الإضرار عند استعمال الحق.

الثاني: مظنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن والمظنات، على الأصل الذي قرره في أن المظنة للشيء تقوم مقام نفس القصد إليه .

الثالث: التقصير في إدراك الأمور على وجهها الصحيح من جهة النظر إلى عواقب الأمور أو بعبارة أخرى الإهمال للمعنى الاجتماعي للحق الذي أمر به الإسلام .

نخلص من هذه النقطة إلى أن الشاطبي وبعد هذا التقعيد منه كيّف التعسف في بعض صوره بأنه تعد بطريق التسبب، لكن دون أن يلتزم في ذلك ضابط التعدي عند الأقدمين من الفقهاء وهو ضابط موضوعي يعتمد على أمور خارجية من كون الفعل غير مشروع فلا يستند إلى حق أصلا؛ فلا يشمل العناصر النفسية أو الشخصية من نية الإضرار أو التقصير أو الإهمال في اتخاذ الحيطة للحيلولة دون وقوع الضرر بغيره. بينما وجدنا الشاطبي أقام فكرة التعدي على عناصر نفسية من قصد الإضرار أو التقصير في النظر ليطور بذلك فكرة التعدي عن طريق التسبب، وهذه هي النقطة الثانية .

ثانيا: تطور فكرة التعدي عند الشاطبي

طور الإمام الشاطبي فكرة التعدي في الفقه الإسلامي فلم يجعلها تقتصر على المعيار الموضوعي الذي يحصل بمجرد ارتكاب الفعل

---

[1]- الموافقات: (273/2) .

[2]- نفس المصدر:(271/2).

الخارج عن حدود الحق[1] بل أخذت تشمل عنده المعيار الذاتي أيضا من عدم التبصر والتقصير في النظر، فبعد أن كان معيار التعدي موضوعيا أصبح موضوعيا وذاتيا أو شخصيا أيضا قائما على عنصر الإرادة ليجعل بذلك من فكرة التعدي شاملة للإساءة في استعمال الحق في بعض صورها، ومقيدا صاحب الحق إبان استعماله لحقه بواجبات تفرض عليه الأخذ بالحيطة والتبصر وعدم الإهمال. كل ذلك درءا للتعسف أو الحيلولة دون التسبب في إلحاق الضرر بالغير.

والشاطبي في تقرير هذا لم يأت ببدع في الشريعة بل إن كتب الفقه قد حوت بعض الإشارات الدالة على اعتبار هذا المعنى وإن لم تصرح به وتضبط أسسه على هذا الوجه الذي حرره الشاطبي. فقد جاء في الفقه الحنبلي ما يؤيد اعتبار الإهمال أو التقصير في الاحتياط تعديا أي شمول التعدي للمعيار الذاتي، وفي هذا يقول ابن قدامة صاحب المغني :" لا ضمان على الراعي إذا لم يتعد...لنا أنه مؤتمن على حفظها فلم يضمن من غير تعد كالمودع ،ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة فلم يضمنها من غير تعد كالعين المستأجرة. فأما ما تلف بتقصيره فيضمنه بلا خلاف مثل أن ينام عن السائمة أو يغفل عنها أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره"[2].

وهل الغفلة أو النوم وما شابههما إلا تقصير في النظر وإهمال ومأشبه ذلك مما يعد تفريطا وتعديا.

هكذا إذن طور الشاطبي فكرة التعدي عن طريق التسبب ليدخل بذلك التعسف في بعض صوره في مفهوم التعدي ويجعل التعسف في استعمال الحق تطبيقا لمعيار التعدي، وهو كما يقول الأستاذ الدريني بهذا النظر يقترب من فكرة الخطأ عند فقهاء القانون في اعتبارها مبنى المسؤولية التقصيرية، أو بعبارة أخرى يتفق مع القائلين بأن نظرية التعسف مبناها الخطأ التقصيري أو مع القائلين بأن التعسف صورة جديدة من صور الخطأ استجابة لتطورات الحياة الاقتصادية[3].

لكن السؤال الوارد هنا هل التعدي بهذا المفهوم الجديد الذي أتى به الشاطبي والذي بفضله طور من فكرة التعدي في الفقه الإسلامي قادر

---

[1]- ينظر ضابط التعدي عند الأقدمين:ص:(78).من هذه الرسالة.

[2]- ينظر: ابن قدامة الحنبلي: المغني :(416/7).

[3]- الدريني نظرية التعسف في استعمال الحق.ص:(58).

على استيعاب جميع حالات التعسف التي ذكرها الشاطبي ؟ الجواب قطعا: لا. وبيانه في النقطة الثالثة .

ثالثا: قصور فكرة التعدي على استيعاب حالات التعسف

صحيح أن اعتبار المعيار الذاتي تعديا قوامه العناصر النفسية من قصد الإضرار أو مظنته أو الإهمال والتقصير، قد طور من فكرة التعدي عند الشاطبي ليجعلها شاملة للتعسف في بعض صوره. ولكن مع هذا حتى لو صرفنا النظر عن أصل التعدي وطبيعته وأن الفعل فيه غير مشروع لذاته، وأخذنا بهذا المعيار الأخير الذي أضافه الشاطبي لوجدناه قاصرا عن استيعاب جميع حالات التعسف لذلك نجد الشاطبي عند بحثه لهذه الحالات -وسيأتي تفصيلها- بحث بعضا منها التي نشأت بمعزل عن الإرادة أي لم يتوافر فيها قصد الإضرار أو التقصير والإهمال حتى ولا مظنة لذلك، ورد الحكم فيها إلى قاعدة سد الذرائع التي تقرر أنها أصل من أصول النظر في المآل وقد سبق في مبنى النظرية أن التعسف عند الشاطبي منبثق عن مبدأ سد الذرائع [1]، وقد تقرر أيضا أن هذه القاعدة لا تعتبر العناصر النفسية من الباعث أو النية أو التقصير العنصر الجوهري منها، وإنما تنظر إلى ثمرات الأفعال ونتائجها، وعلى ضوئها يحكم بصحة الفعل أو عدمه،ومعلوم أن التعدي بطريق التسبب لا ينطبق عليه هذا الاتجاه المادي الذي يمثل نظرا واقعيا محضا دون نظر إلى أصل وصف الفعل ولا إلى بواعثه، والأول معيار التعدي عند القدامى ، والثاني معيار التعدي المتطور الذي ينظر إلى العناصر النفسية أي المعيار الذاتي الذي حدده الشاطبي.

ذلك لأن هذه الحالات التي ذكرها الشاطبي تعتمد معيارا موضوعيا آخر هو الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة وما يترتب على استعماله من مفسدة، فإذا كانت هذه الأخيرة راجحة أو مساوية منع وإلا فلا !! من غير نظر إلى نية المكلف أو إهماله، بل إلى هذا الواقع المادي في حد ذاته. ولنضرب لهذا مثالا يتضح به المقال.

يقول الشاطبي في صدد حديثه عن استعمال الحق الشخصي إذا لزم عنه ضرر عام :

" والثاني ألا يقصد إضرارا بأحد، وهو قسمان: أحدهما أن يكون الإضرار عاما كتلقي السلع وبيع الحاضر للبادي والامتناع عن بيع

[1]- الموافقات: (196/4).

داره أو فدانه وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره... فاعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة"[1].

وكلام الشاطبي هذا صريح في أن التعسف لا يقوم على عنصر نفسي لأن الفرض في هذا القسم أنه لا يقصد إضرارا بأحد، لكن لما الضرر العام الذي يلزم عن تصرف الفرد فيما منح من حق أو إباحة، فإنه يمنع منه ولو لم يقصد إلى ذلك .وهذا كله نظر إلى الوقائع الخارجية والنتائج المادية بغض النظر عن العناصر النفسية .

وحاصل المسألة أن التعسف كما سبق تقريره عند الشاطبي مبني على قواعد ومعايير تعتمد النظر الموضوعي البحت كقاعدة سد الذرائع التي تقوم على النظر في مآلات الأفعال ونتائجها أما النظر إلى النية أو الإهمال أو التقصير فأمر ثانوي... وهذا النظر

يجعل تكييف الفعل المأذون فيه في الأصل رهنا بمآله ،أي أن المعيار الموضوعي يتخذ من ثمرة العمل أساسا للحكم على الفعل ببقاء المشروعية أو عدمها. الأمر الذي يتعارض مع اعتبار مبنى التعسف على التعدي بطريق التسبب بالمعيار الشخصي أو الذاتي فضلا عن المجاوزة أو الخروج عن حدود الحق أصلا .

بعد هذا كله: بدا جليا ـ والحمد لله ـ قصور معيار التعدي بطريق التسبب عن استيعاب جميع حالات التعسف التي ذكرها الشاطبي، بصرف النظر عن معياره الأول الذي اعتمده القدامى وهو كون الفعل غير مستند إلى حق أصلا، ليبرز بذلك استقلال نظرية التعسف عن نظرية التعدي أو مجاوزة الحق. والله أعلم.

المطلب الثاني: أدلة النظرية

والمقصود من هذا المطلب هنا تحديد الأدلة الخاصة أو الجزئية من الكتاب والسنة والتي اعتمدها الشاطبي كأصل في تحريم التعسف. وبالتأمل في كلام الشاطبي خاصة عند تفصيله لحالات التعسف أو حديثه عن قاعدة الحيل يمكن استخلاص أدلة من القرآن والسنة اعتبرها الشاطبي أصلا في منع التعسف، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين:

[1]- الموافقات:(266/2).

الفرع الأول:الأدلة من القرآن :

استند الشاطبي في معرض حديثه عن التحايل، والتحايل أرقى مظاهر التعسف، إلى آيات كثيرة تعتبر أصلا في تحريم استعمال الحق لقصد المضارة، ولما كان المقصود هنا بيان وجه استدلال الشاطبي بهذه الآيات في تأصيل التعسف نكتفي بذكر دليلين اثنين يتضح بهما المقصود:

الدليل الأول: قوله تعالى:(وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَٰحًا) إلى قوله : (ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ) [البقرة /229/228]. وكذا قوله تعالى: (وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعۡتَدُواْ).[البقرة/231].

آراء المفسرين في الآية:

يقول الإمام القرطبي مبينا وجه الندب إلى الرجعة في الآية:" إن الرجل مندوب إلى المراجعة، ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها، فأما إذا لم يقصد الإصلاح،وإنما قصد تطويل المدة والقطع بها عن الخلاص من رجعة النكاح فمحرم، لقوله تعالى: (وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعۡتَدُواْ)"[1].

ويفسر الطبري[2] قوله تعالى: (وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعۡتَدُواْ) بما يكشف عن تلك الأوضاع التي كانت سائدة في بدء الإسلام من قصد الإضرار بالزوجة تحت ستار حق المراجعة فيقول:"ولا تراجعوهن إن راجعتموهن في عددهن مضارة لهن لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن،أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن بطلبهن الخلع ممن لمضارتكم إياهن ، ومراجعتكم إياهن ضرارا واعتداء"[3].

---

[1] - القرطبي: الجامع لأحكام القرآن.(82/3). وينظر: أبو حيان الأندلسي: البحر المحيط. درط. دار الفكر بيروت، لبنان .ت:2005م.(460/2).

[2] - الطبري: هو محمد بن جرير بن يزيد الطبي أبو جعفر من مشاهير المؤرخين والمفسرين وأئمة العلماء ولد في آمل طبرستان وبها نشأ. وحفظ القرآن صغيرا ثم رحل في طلب العلم واستوطن بغداد ، ، جمع من العلوم مالم يشاركه فيه أحد من أهل عصره. من كتبه جامع البيان في تفسير القرآن . توفي سنة: 310ه. ينظر: عادل نويهض. معجم المفسرين: ط:1. 1403ه/1983م. مؤسسة نويهض الثقافية.(508/2).

[3] - ينظر: الطبري:محمد بن جرير ، جامع البيان في تفسير القرآن. درط. دار المعرفة، بيروت لبنان.(294/2).

وفي تفسير الطبري: إشارة لما كان عليه أهل الجاهلية من أنهم كانوا يرجعون المطلقات ويريدون بذلك الإضرار بهن ليطلقوهن بعد الرجعة، حتى تحتاج المرأة إلى أن تعتد عدة حادثة، فنهوا عن ذلك وجعل الشرط في حل المراجعة إرادة الإصلاح، أي أن الزوج أحق بهذه المراجعة إن أراد الإصلاح وما أراد المضارة[1].

كانت هذه نظرة أرباب المفسرين لهذه الآيات، وظاهر من أقوالهم التي نقلوها أن الله سبحانه إنما أباح تعاطي الأسباب أو إن شئنا القول استعمال الحقوق لمن يقصد بها الصلاح دون الإضرار، إذ ينهى الشارع الزوج أن يستعمل حق المراجعة لا لغرض سوى الإضرار بالزوجة المطلقة ، والضرر مرفوع شرعا.

وجه استدلال الشاطبي بهذه الآيات:

أما أبو إسحاق، فقد جعل من هذه الآيات أصلا في تحريم استعمال الحق بقصد المضارة، أو لتحريم التعسف الذي قوامه التحايل أو الانحراف بالحق عما شرع له من حكمة أو مصلحة قصدها الشارع في التشريع ، لأن في هذا كما يقول "تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله"[2].

ثم يوضح وجه التعسف الذي أنزلت الآية الكريمة لمنعه فيقول: " إن الطلاق كان في أول الإسلام إلى غير عدد فكان الرجل يرتجع المرأة قبل أن تنقضي عدتها ، ثم يطلقها ، ثم يرتجعها كذلك قصدا ، فنزلت:(ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ ونزل مع ذلك:(وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ)فيمن كان يضار المرأة حتى تفتدي منه وهذه كلها حيل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله"[3]. وعلى هذا: فإذا كانت الرجعة حقا وضع في يد الزوج بمقتض عقد الزواج ، ليعيد زوجته إلى عصمة نكاحه بعد الطلاق الرجعي بقصد أن يستأنفا حياة زوجية كريمة يقيمان فيها حدود الله،فاتخاذ هذا الحق وسيلة

[1] - ينظر: الرازي: تفسير الفخر الرازي. درط. دار الفكر، بيروت ،لبنان.ت:1415ه/1995م.(102/6). القرطبي: المصدر السابق.(103/3).
[2] - الموافقات: (290/2).
[3] - المصدر نفسه:(292/291/2).

لإلحاق الضرر بالزوجة بتطويل العدة عليها أمر لا يبيحه الشارع لأنه تعسف في استعمال الحق أي استعمال للحق في غير ما شرع له.

ومن هنا : ومنعا للتعسف في استعمال الحق وردا لقصده السيئ ، وجبت معاملته بنقيض القصد ، حفاظا على القصد الشرعي . وفي هذا رد لتعسفه في استعمال حق

المراجعة جزاء وفاقا ،فثبت إذن أن هذه الآية أصل في منع التعسف، ووجه التعسف فيها ظاهر لأنه استعمال للحق لمجرد قصد الإضرار ، فناقض قصد الشارع ومناقضة قصد الشارع عينا باطلة فما يؤدي إليها باطل.

الدليل الثاني: أية الخلع وهي قوله تعالى:(وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ). [البقرة/229].

آراء أهل التفسير:

وفي هذه الآية الكريمة تصريح بأن الزوج لا يحل له الرجوع في شيء مما أعطى زوجته إلا على سبيل الخلع إذا خافا ألا يقيما حدود الله فيما بينهما، فلا جناح عليها في الدفع ولا عليه هو في الأخذ[1].

ويبين الشوكاني[2] وجه النهي في الآية للزوج عن الأخذ مما دفعه لزوجته فيقول:" أي لا يحل للأزواج أن يأخذوا مما دفعوه إلى نسائهم من المهر شيئا على وجه المضارة لهن .. فإن خافا عدم إقامة حدود الله التي حدها للزوجين وأوجب عليهما الوفاء بها من حسن العشرة والطاعة، فلا جناح على الرجل في الأخذ ولا على المرأة في الإعطاء"[3].

[1] - ينظر: الشنقيطي: أضواء ابيان.درط. مكتبة ابن تيمية. القاهرة.ت:1408ه/1988م.(180/1).

[2] - الشوكاني: هو محمد بن علي الشوكاني أبو عبد الله فقيه أصولي محدث مفسر من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء ، ولد بهجرة شوكان ونشأ بصنعاء وولي قضائها سنة :1229ه. ومات بها . له أكثر من مائة كتاب : منها فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. ينظر: معجم المفسرين.ص:(593).

[3] - الشوكاني: فتح القدير. درط. دار إحياء التراث العربي. بيروت لبنان. د:ت.(283/1). وينظر أيضا: أبو حيان : البحر المحيط.(470/2).

وقال الجصّاص[1]:" فحظر على الزوج بهذه الآية أن يأخذ منها شيئا مما أعطاها، إلا على الشريطة المذكورة ، وعقل بذلك أنه غير جائز له أخذ ما لم يعطها وان كان المذكور هو ماأعطاها"[2].

وجه استدلال الشاطبي:

أما الشاطبي: فقد استند إلى هذه الآية فجعل منها أصلا في تحريم التعسف ، الذي قوامه التحايل أو الانحراف بالحق عما شرع له، ويوضح الشاطبي وجه التعسف الذي أنزلت الآية لمنعه فيقول: "إن الفدية شرعت للزوجة هروبا من ألا يقيما حدود الله في زوجيتهما فأبيح للمرأة على هذا أن تشتري عصمتها من الزوج عن طيب نفس منها ، وهي والحالة هذه قد بذلت مالها طلبا لصلاح الحال بينها وبين زوجها ، ولا يشك أحد أن هذا التسريح مقصود شرعا ، ولا فساد فيه حالا ولا مآلا .. فإذا أضر بها قصدا لطلب الفدية منها مع القدرة على التسريح من غير ضرر ، فقد أضر بها لغير موجب ، وعمل بغير المشروع ، - أي تعسف- ولم يكن التسريح إذا طلبته بالفداء تسريحا بإحسان ولا خوفا من ألا يقيما حدود الله ، وصار غير جائز للزوج من هذا الوجه إذ وضع على غير المشروع"[3].

ولا شك أن الوضع غير المشروع هو عين التحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله ، أو استعمال الحق في غير ما شرع له، وهو عين المناقضة للشارع.

الخلاصة من الدليلين:

نخلص من هذين الدليلين ، إلى أن الشارع الحكيم إنما وضع الرجعة في يد الزوج لتحقيق قصد الشارع في استئناف الحياة الزوجية مع زوجته المطلقة رجعيا ، ليتفادى بذلك ما عسى أن يكون قد وقع فيه من تسرع في تطليقها فيتدارك بذلك خطأه ويصلح ما أفسده، وكذلك نقول

---

[1] - الجصاص: أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص، إمام أصحاب الرأي في وقته كان مشهورا بالزهد والورع انتقل إلى بغداد ،وتفقه على أبي الحسن الكرخي ، ثم تصدر للتدليس . توفي ببغداد سنة: 370ه. انتهت إليه رياسة الحنفية ورحل إليه المتفقه . من كتبه: أحكام القرآن. ينظر: معجم المفسرين. عادل نويهض.(48/1).

[2] - الجصاص. أحكام القرآن. درط. د:ت. دار الفكر. بيروت. لبنان.(391/1).

[3] - الموافقات: (293/2).

في الفدية أنها إنما شرعت لتحقيق قصد الشارع وهو التسريح بإحسان خوفا من الوقوع في المحظور ، ولكن إذا أضحى استعمال هذا الحق الذي منحه الشارع للزوج ذريعة للإضرار بالزوجة ، فالضرر مرفوع شرعا ، ويمنع الزوج من استعمال حقه في مراجعتها أو أخذ الفدية منها، لأنه استعمال للحق في غير ما شرع له. واستعمال الحق في غير ما شرع له هو عين التعسف.

الفرع الثاني: الأدلة من السنة

استدل الشاطبي في معرض حديثه وتفصيله لحالات الضرر الناشئة عن استعمال الحق ، بأحاديث كثيرة جعل منها أصلا لمنع التعسف في استعمال الحق، لكن مدار هذه الأحاديث على حديثين اثنين:

الحديث الأول: قول النبي صلى الله عليه وسلّم فيما رواه ابن عباس رضي الله عنهما:**« لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَار»**[1].

وهذا الحديث وإن كان ضعيفا باعتبار سنده إلا أن مضمونه يرقى إلى مرتبة القطعي باستقراء الأحكام الواردة في الكتاب والسنة ،كالنهي عن مضارة كل من الوالدين للآخر في أولادهما في قوله تعالى:(لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ).[البقرة/233] ،والنهي عن وصية

[1] - الحديث أخرجه من رواية ابن عباس: ابن ماجة كتاب الأحكام. باب من بنى في حقه ما يضر بجاره. رقم:(2341). (784/2).ورواه مالك في الموطأ مرسلا. عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم.كتاب القضاء.باب القضاء في المرفق.قال الحافظ ابن عبد البر عقبه:"لم يختلف عن مالك في إسناد هذا الحديث وإرساله هكذا" ثم ذكر طرق موصولة وقال:"وأما معنى هذا الحديث فصحيح في الأصول". وقال السيوطي في الجامع الصغير : حديث حسن.وقال الحاكم في مستدركه(رقم:2345):"هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه".وقال الشيخ الألباني:"صحيح:روي من حديث عبادة بن الصامت وابن عباس،وأبي سعيد الخدري،وأبي هريرة،وجابر بن عبد الله،وعائشة،وثعلبة بن أبي مالك القرظي،وأبي لبابة رضي الله عنهم". فلا عبرة بعد هذا بإنكار ابن حزم لصحة رواية الحديث، لأنه جاء مسندا من طرق موثوق برجالها ، فضلا عما اعتضد به معناه من كليات الشريعة وجزئياتها كما يقول الشوكاني. ينظر هنا: الحاكم:المستدرك على الصحيحين.ت:مصطفى عبد القادر عطا.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت.ت:1411ه/1995م.(66/2). السيوطي: الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير.ط:1.دار الفكر. بيروت. لبنان. 1401ه.1981م.(749/2). ابن عبد البر:التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد.ت:أسامة إبراهيم.ط:1.الفاروق الحديثة للطباعة والنشر.القاهرة.ت:1420ه/1999م .(144/13).الشوكاني: نيل الأوطار ت: طه عبد الرؤوف سعد مصطفى محمد الهواري، درط.د:ت. مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة.(358/6). الألباني:إرواء الغليل.(408/3).

الضرار ولو كانت في حدود الثلث أو بما دونه ،لقوله تعالى: (مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ) .[النساء/12]. وغيرها..

وعلى كل فهذا الحديث كما يقول الشوكاني:" قاعدة من قواعد الدين، تشهد له كليات وجزئيات، وفيه دليل على تحريم الضرار على أي صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز إلحاق الضرر في صورة من الصور إلا بدليل يخصص هذا العموم ومن هنا يطالب من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء به قُبل وإلا رد عليه وضرب بهذا الحديث وجهه"[1].

وجه استدلال الشاطبي:

أما الشاطبي -رحمه الله- فلم يغب عن ذهنه عند تفصيله لحالات التعسف أن يجعل هذا الحديث أصلا لما يصدر من أحكام تتعلق بحالات الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق، مؤكدا بذلك هذا الأصل العام وأنه من المصادر الفقهية التي تصدر عنها أحكام التعسف في استعمال الحق إذ يقول:" فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه"[2].

ويقول الشيخ أبو زهرة في شرحه لعبارة الشاطبي :" والأصل دفع الأضرار ما أمكن الدفع، لأن صيانة الإنسان غيره والامتناع عن إنزال الضرر به وإيلامه بأي وجه من وجوه الإيلام أصل ثابت في الإسلام بقوله صلى الله علي وسلم : « لا ضرر ولا ضرار»"[3].

وقد توسع الشاطبي في تطبيق عموم هذا الحديث في أوسع مداه إلا ما خصه الدليل، جريا منه على أنه إذا اتفقت مشروعية الضرر بصريح قول النبي صلى الله عليه وسلم كان ذلك نهيا عن أي ضرر مقصودا كان أم غير مقصود، اجتثاثا لواقعة الضرر في أي صورة من صورها.وبذلك يكون النهي عن الضرر في هذا الحديث شاملا؛ كما إذا كان الضرر ناتجا عن ارتكاب أفعال غير مشروعة في ذاتها أي تعتبر اعتداء، وشاملا كذلك للضرر الذي يترتب عن فعل مشروع في ذاته أي في استعمال الحق. فكان الحديث بذلك عند الشاطبي أصلا لهذه

[1] - ينظر: الشوكاني: نيل الأوطار:(358/6).

[2] - الموافقات:(274/2).

[3] - ينظر: أبو زهرة: كتاب أسبوع الفقه الاسلامي، نقلا عن الدريني. نظرية التعسف في استعمال الحق. ص:(120).

النظرية شاملا بعمومه للنهي عن المضارة في استعمال الحقوق والتعسف فيها،وقاضيا باستئصال علة الضرر الواقع أو المتوقع تجسيدا لمبدأ العدل ومراعاة للمصلحة في التشريع.

وها هو ذا يحكمه فيقول:" إن أمكن انجبار الإضرار ورفعه جملة، فاعتبار الضرر العام أولى، فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهي عن تلقي السلع وعن بيع الحاضر للباد"[1].

وفي هذه الحالة قضى بمنع التعسف في ممارسة المباح بالنظر لما يترتب عليه من ضرر عام، والضرر مرفوع شرعا. ولا شك أن الشاطبي يستوحي في قضائه هذا ما يحكم به حديث "لا ضرر ولا ضرار" في الإسلام، لأن تعليله لقضائه ينم عن ذلك وهو الحديث الذي يلخص روح الشريعة ومبادئها العامة ويؤكد أصلها العام الذي وضعت لأجله وهو جلب المصالح ودرء المفاسد.

وأخيرا : فإن مما يؤكد عتادة هذا الأصل – رفع الضرر – عند الشاطبي أن مبدأ سد الذرائع الذي أخذ به وتوسع في تطبيقه قائم على دفع ضرر متوقع توثيقا لمبدأ المصلحة الذي قامت عليه الشريعة. وليس العمل بالاستحسان الذي جعله الإمام مبنيا على مراعاة مصالح المكلفين الجزئية[2] إلا تطبيقا لرفع ضرر راجح متوقع ،لأصل المصلحة دائما وتوثيقا لمقاصد الشريعة .

ليتخذ بذلك الشاطبي حديث «لا ضرر ولا ضرار» أصلا عتيدا في منع التعسف، مفصلا على أساسه وجوه الضرر التي تنشأ عن استعمال الحق .ويتخذ لها الحلول بعد ذلك بالاستناد إلى هذا الحديث إلى جانب الأحكام الجزئية التفصيلية التي تعتبر تطبيقا لهذا الحديث.

الحديث الثاني: حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال: « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تُتَلقّى الرُّكبَان وَأنْ يَبيعَ حَاضِرٌ

[1] - ينظر: الموافقات:(266/2).

[2]- ينظر :ص:(184) من هذه الرسالة.

لبَاد ، قال: فَقُلتُ لابْنِ عبَّاس: مَا قولُه حاضِرٌ لِبَاد؟ قَالَ : لاَ يَكونُ لَهُ سِمْسَارًا»[1].

قال الشيخ تقي الدين[2]:" وتلقي الركبان من البيوع المنهي عنها لما يتعلق به من الضرر، وهو أن يتلق طائفة يحملون متاعا فيشتريه منهم ، قبل أن يقدموا البلد، فيعرفوا الأسعار ، وهو عند الشافعي صحيح وعند غيره من العلماء يبطل, وأما بيع الحاضر للبادي فمن البيوع المنهي عنها لأجل الضرر أيضا، وصورته أن يحمل البدوي أو القروي متاعه إلى البلد ليبيعه بسعر يومه ويرجع فيأتيه البلدي فيقول : ضعه عندي وأنا أبيعه على التدريج بزيادة سعر ، وذلك إضرار بأهل البلد وحرام إن علم النهي"[3].

وكلام الشيخ هذا يصرح فيه بأن درجة النهي عن هذا البيع إنما هو بسبب الضرر المترتب عنه، وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع فمنهم من أجازه مطلقا مثل أبي
حنيفة ومجاهد وعطاء وذلك بحمل النص على كراهة التنزيه لا التحريم، وذهب الشافعية وبعض المالكية إلى أنه إذا وقع فقد تم وجاز فيصح البيع مع التحريم وقال بعض المالكية :" يفسخ البيع ما لم يفت"[4]
.

وقال ابن القيم :" ولكن نهى النبي أن يبيع حاضر لباد أي يكون له سمسارا وقال :" دعوا الناس يرزق بعضهم بعضا " فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل بالبادي الجالب للسلعة، لأنه إذا توكل له - مع

---

[1] - الحديث : أخرجه: عن ابن عباس: البخاري. كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان وأنه بيعه مردود. رقم: (2162) .39/3. مسلم: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي. رقم:(1521).(935/3). واللفظ له.

[2]- تقي الدين: هو محمد بن علي بن وهب تقي الدين. أبو الفتح القشيري، لم يشتهر أحد في زمانه اشتهاره . ولد سنة 625ه. رحل إلى مصر والشام وسمع الكثير توفي سنة 702ه.من أشهر كتبه: الإحكام. ينظر:الإسنوي: طبقات الشافعية.ص:(303).

[3]-ينظر: ابن دقيق العيد: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام. ت: أحمد شاكر ط2. دار الجيل. بيروت. لبنان.ت: 1995م.ص:(498) .

[4]- ينظر هنا:الصنعاني:سبل السلام شرح بلوغ المرام.ت:محمد الوالي بلطة.درط.المكتبة العصرية،بيروت،لبنان.ت:1992م.(36/3). النووي:شرح صحيح مسلم.(160/10).الشوكاني:نيل الأوطار.(249/6).

خبرته بحاجة الناس – أغلى الثمن على المشتري فنهاه عن التوكل له مع أن جنس الوكالة مباح لما في ذلك من زيادة السعر على الناس"[1].

وظاهر من كلام ابن القيم أن المباح يتقيد لمنع الضرر عن العامة، فيمنع الشارع ممارسة المباح إذا لزم عنه مفسدة راجحة.

وجه استدلال الشاطبي :

نحا الشاطبي في هذه المسألة منحى آخر فقرّر أن المباح يتقيد بمنع الضرر عن العامة، فيمنع الشارع المباح إذا لزم عنه مفسدة راجحة تطبيقا لمبدأ سد الذرائع الذي ينظر إلى مآلات الأفعال فيعتبرها ويتكيف الفعل بالمشروعية أو عدمها بالنظر إلى ما يفضي إليه ذلك من ضرر بالعامة .أصل هذا كله أن النظر في المآلات مقصود شرعا. وهذا أصل عظيم يدرأ التعسف في استعمال الحقوق والحريات حتى لا تتناقض الأحكام في الجزئيات مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد...

وعليه وتطبيقا لهذا الأصل يمنع من إطلاق القول بالإباحة في التوكيل للحاضر مما يؤدي إليه هذا الحكم من أضرار بأهل البلد ،وإن كان الأصل أن يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر ولكن الشاطبي رعيا منه للمصلحة العامة ودفعا للضرر العام اللاحق بأهل البلد منع منه وعلى هذا:" فاعتبار الضرر العام أولى لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاص،وذلك يقضي بتقديم مصلحة العموم على الخصوص لكن بحيث لا يلحق الخصوص مضرة"[2] .

وواضح من كلام الشاطبي أن الترجيح هنا أساسه الموازنة بين النفع الشخصي وبين ما يلزم عنه من مفسدة، حتى إذا لزم عن المصلحة الخاصة رجحت كفة هذا الضرر فيمنع الفعل المشروع في الأصل ،وهذا هو ما تقضي به نظرية التعسف. فتحصل إذن أن بيع الحاضر للبادي هو من الضروري أو الحاجي وهو نصح مطلوب وتركه منهي عنه، لكن هذا الترك فيه تعاون ورفق بأهل الحضر لأن البدوي يبيع لهم حسبما يفهم هو من الأسعار،ولكن الحاضر إذا باع له يقف على الأسعار الجارية في الحضر وفيه تضييق عليهم، فألغى النهي عن ترك

[1]- ابن قيم الجوزية : الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.ت: حامد الفقي. درط. دار الكتب العلمية، بيروت.ص:(243).

[2] - الموافقات:(266/2)

النصح وروعي المطلوب وهو التعاون؛ رفقا بأهل الحضر وتقديما للمصلحة العامة[1] .

والخلاصة في هذا : أن البيع بوجه عام - وكالة أو أصالة – هو في حقيقته ممارسة لحرية التجارة وهي من المباحات التي أذن الشارع فيها ابتداء لما يتعلق بها من المصالح الجزئية، لكن الشاطبي ومنعا منه للتعسف قيد هذه الإباحات أو الحريات بما يمنع الضرر عن العامة لأن اعتبار الضرر العام أولى فتقدم مصلحة العموم على الخصوص .

المطلب الثالث: الحيل أرقى مظاهر التعسف

عرض الشاطبي لموضوع الحيل كثاني قاعدة تتفرع عن أصل النظر في المآل، وقد كان هدفه من ذلك حسم سبل التذرع بالأسباب المفضية إلى صرف الحكم الشرعي عن وضعه الأصلي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر،وفي المقابل أفاض القول فيها عند حديثه عن القصد في الأفعال،وكان هدفه من ذلك بيان وجه مناقضة الحيل لقصد الشارع في التشريع.فكانت الحيل عنده وليدة الأصلين معا"سوء القصد في الأفعال"و"أصل النظر في المآل". حتى صار التعسف بمعناه الخاص يراد به التحايل على بلوغ غرض لم يقصده الشارع.

الفرع الأول:حقيقة الحيل

قبل الخوض في الحيل كأرقى مظهر للتعسف عند الشاطبي ؛ ، لابد من ذكر نبذة عن هذا الأصل تتعلق بمعناه لغة ثم اصطلاحا وما بين هذين المعنيين من مناسبة وارتباط...

أولا:حقيقة الحيل لغة:

الحيلة لغة: اسم من الاحتيال، وتطلق على الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف، يقال " جاء بأمر حَولة من الحول، أي بأمر منكر عجيب، ويقال للرجل الداهية إنه لحولة: أي داهية من الدواهي[2].

ثانيا:حقيقتها اصطلاحا:

[1] - ينظر : دراز ،الموافقات . هامش (114/3) وما بعدها .

[2]- ينظر: ابن منظور: لسان العرب. مادة حول.(189/2). الرازي. مختار الصحاح. ص:(69).

أما اصطلاحا: فهي المخادعة والمراوغة بإظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر محرم يبطنه[1].أي أن الحيلة هي سلوك الطرق الخفية للوصول إلى الهدف بغض النظر عن كون هذه الطرق صحيحة أو فاسدة مباحة أو محرمة، فمناط المنع فيها مخالفة قصد المتحايل في تناوله الفعل الظاهر الأمر، للتوصل إلى إبطال الأحكام الشرعية .

ومن خلال ما سبق يتضح أن المعنى الاصطلاحي جزئي من جزئيات المعنى اللغوي وفرد من أفراده ، فبينهما العموم والخصوص المطلق، لأن الحيلة لغة شاملة لكل أمر فيه
مخادعة ومراوغة وإن لم يكن جائزا، في حين يقتصر المعنى الاصطلاحي على التستر تحت الأمر الظاهر الجواز.

هذا ، والحيلة بالمعنى المذكور قد قامت الأدلة من النقل والعقل على بطلانها ، ومبنى هذه الأدلة أن الأصل في الأحكام التعليل ، وأنها شرعت لمصالح العباد في المعاش والمعاد ، فالاحتيال على تحليل المحرم أو إسقاط الواجب مناقضة لقصد الشارع ظاهرة وتعطيل للمصالح وتحقيق للمفاسد.

يقول ابن القيم[2]:" إن الله تعالى إنما أوجب الواجبات وحرم المحرمات ،لما تتضمن من مصالح عباده في معاشهم ومعادهم، فالشريعة لقلوبهم بمنزلة الغذاء الذي لا بد منه، والدواء الذي لا يندفع الداء إلا به، فإذا احتال العبد على تحليل ما حرم الله،وإسقاط ما فرض الله وتعطيل ما شرع الله ، كان ساعيا في الأرض بالفساد..".

فنسبة المتحايل ذلك إلى الشارع الحكيم، وإلى شريعة الله التي هي غذاء القلوب ودواؤها فساد ظاهر، ولو أن رجلا تحيل حتى قلب الغذاء والدواء إلى ضده لأهلك الناس وكان ساعيا بالفساد، فكذلك هذا ساع بالفساد في الشريعة ، فإن الشريعة للقلوب بمنزلة الغذاء والدواء للأبدان.. وتجويز الحيل على هذا يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد ، والمحتال يفتح الطريق إليها لحيلة. فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع في المحرم، إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه[3] .

---

[1]- ينظر: ابن القيم: إعلام الموقعين عن رب العالمين.(127/3).الشريف الجرجاني:التعريفات.ص:(106).

[2]- ابن القيم: إعلام الموقعين . (143/3).

[3]- الموافقات:(126/3). وما بعدها.

ثالثا: حقيقة الحيل عند الشاطبي

أما الشاطبي:فقد وقف عند موضوع الحيل وقوفا يمثل رغبته في ربط موضوع المآلات بسائر القضايا الشرعية، سواء تعلق الأمر بالمقاصد المترتبة عن الأحكام التكليفية، أو بالأحكام الشرعية نفسها، ومن هنا عرف الحيلة فقال:" وحقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع"[1].وتطبيقا لمبدأ التحايل الذي أتى به الشاطبي وأن القصد فيه مناف لقصد الشارع وهذه المنافاة أو المناقضة هي علة الابطلان ، يأتي بمثال التهرب من أداء الزكاة يوضح فيه معنى التحيل فيقول:" فإن أصل الهبة على الجواز ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا، فإن كل واحد منهما ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة ، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية"[2].

وعلى هذا فالتحيل- على ما قرره الشاطبي- هو فعل سبب أو اتخاذ وسيلة صحيحة في الظاهر ، لقلب الأحكام الثابتة شرعا ، وعلى الجملة فالتحيل إنما يتحقق في حالة ما إذا كان المحتال يهدف إلى غاية محرمة ، ويرمي إلى مقصد يناقض قصد الشارع من إبطال حق أو إسقاط واجب أوتحليل محرم ، ولكنه لم يتخير الوسائل التي وضعت مؤدية في العادة لهذا المحرم، ولكن توسل إلى قصده المحرم وغايته غير المشروعة بفعل مشروع في الأصل قصد الشارع من شرعه تحقيق مصلحة خاصة لم تكن هي قصد المتحيل، وإنما كان قصده مما يناقض قصد الشارع[3].

وعلى ذلك : فإذا كانت الوسيلة أو الفعل المتوسل به إلى هدم الأصول الشرعية غير مأذون فيها ،فإن اتخاذ المتحيل لها وسيلة إلى هدم المقاصد الشرعية ليس من باب التحيل على حقيقته المشهورة . وإن كان أولى بالمنع من الحيل ، لأن الحرمة والإثم اجتمعت على هذا الفعل من ناحيتين: من ناحية أنه حرام ومفسدة في نفسه، ومن ناحية أنه

---

[1]- نفس المصدر :(145/4).

[2]- الموافقات: (146/4).

[3]- ينظر: حسين حامد حسان: نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي. ص:(271).

قصد به مفسدة أخرى لم يكن يؤدي إليها في الأصل لو لم يقصد به هدم المقاصد الشرعية.. وكأنه بهذا الاصطلاح – أي الحقيقة المشهورة- يشير بذلك إلى أن هناك حقيقة غير مشهورة للتحيل ، وهو التحيل بغير المشروع أصلا. على اعتبار أنه جعل وسيلة إلى محرم آخر لم يكن هذا الفعل مؤديا إليه في الأصل والظاهر، فكان حيلة من هذا الوجه .

وعلى هذا الاصطلاح غير المشهور يعرف الشاطبي التحيل فيقول:" التحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر أو غير سائغ على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر ، بحيث لا يسقط ولا ينقلب إلا مع تلك الواسطة ، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود مع العلم بكونها لم تشرع له"[1].

وبالرجوع إلى كلام الشاطبي على التحيل في حقيقته المشهورة، يمكن استنتاج مايلي:

أولا:أن التحيل بمعناه الأصولي عند الشاطبي لا يتحقق إلا إذا اتخذ المتحيل فعلا ظاهر المشروعية أولا لتحقيق غرض غير مقصود للشارع من تشريع ذلك الفعل، ومن هنا كان التذرع بالحيل مشعر بالتطاول على أحكام الشريعة وتنزيلها وفق مقاصد المكلفين وأهوائهم الشخصية، فمآل العمل بها إذن خرم قواعد الشريعة في الواقع[2] .

ثانيا: إن الحيل التي تقدم إبطالها وذمها والنهي عنها ، ما هدم أصلا شرعيا وناقض مصلحة شرعية ،أي الحيل التي تهدم مقاصد الشريعة، أما الحيل " التي لا تهدم أصلا شرعيا ولا تناقض مصلحة شرعية فغير داخلة ولا هي باطلة"[3].

ثالثا: وعليه فإن التحيل بالمعنى الأصولي الذي قدمه الشاطبي، هو محل اتفاق بين المسلمين، نظرا إلى المآل ، وإنما وقع الخلاف بينهم في كيفية الوقوف على قصد المتحيل ، فالمالكية كما سبق يكفيهم التعرف على القصد بحسب كثرة الوقوع والاستعمال ، أما الأحناف ومن وافقهم فيشترطون أن يظهر ذلك منهم صراحة.

---

[1]- الموافقات: (287/2).

[2]- نفس المصدر: (146/4).

[3]- نفس المصدر: (292/2).

بعد هذا البيان: نخلص إلى أن إعمال قاعدة الحيل على هذا المعنى إنما هو إعمال لأصل النظر في المآل، إذ الأول فرع عن الثاني ولا يخالف الفرع أصله في الحكم.. إذ
ليس التحيل جزئية من أصل النظر في المآل حتى يقال إنه يصح تخلف الجزئيات دون خرم الكليات، وإنما هو قاعدة من قواعده المتفرعة عنه التي يتحقق بها معناه وضابطه في الخارج.

الفرع الثاني: التحايل انحراف بالحق عما شرع له

اعتبر الشاطبي التحيل مبني على مقدمتين : إحداهما قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر ، و الأخرى : جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام[1] .

وكأنه جعل قوام التحيل القصد أو الباعث الذي ينافي مقصد الشارع بما استهدف هدم مقاصد الشريعة، بالتوسل بفعل مشروع في الأصل لتحقيق غرض غير مشروع محرم قطعا ..

فالاحتيال الذي يعتمد أمرا ظاهر الجواز لتحقيق مصلحة غير مشروعة بتحليل محرم أو إسقاط واجب ، هو عين التعسف : لما فيه من مناقضة قصد المحتال للقصد الشرعي :" لأن القصد غير الشرعي في الحيلة هادم للقصد الشرعي .." .

هذا وقد أسس الشاطبي بطلان الحيل على مجموعة من النصوص الكلية والقواعد القطعية،ثم قام بعمل استقراء من نصوص الشريعة يفيد أن التحيل بالفعل المشروع في الظاهر إلى إبطال الأحكام الشرعية هو أرقى ما يتصور من التعسف أو هو من صميم التعسف ،حتى صار التعسف بمعناه الخاص يراد به التحايل لأنه في الحقيقة استعمال للحق في غير ما شرع له،أو التحايل ببلوغ غرض لم يشرع الحكم لأجله[2] .

ولو تأملنا الترتيب المنطقي العجيب لمسائل التحيل وما ذكر فيها لبان الأمر جليا لا لبس فيه ،فبعد أن أصل الشاطبي لحالات التعسف وكيفية معالجتها،أردف كلامه بثلاثة مسائل كلها في بيان حقيقة الحيلة وأنها استعمال للحق في غير ما شرع له،لمكان القصد غير الشرعي فيها

[1]- الموافقات:(287/2).
[2]- نفس المصدر:(290/2).

باتخاذ الفعل الظاهر الجواز لإبطال الحكم الشرعي،أو بعبارة أخرى لتحقيق غرض أو مقصد غير المقصد الذي توخاه الشارع من أصل مشروعيته،فكان القصد فيها مناف لقصد الشارع ومناقضا له..والحيلة من هذا الوجه تدخل تحت سوء القصد في الأفعال أو الباعث على التصرفات.

لكنه بالمقابل عند حديثه على أصل النظر في المآلات نجده يتحدث على الحيل كقاعدة ثانية تتفرع عنه،لأن مآل العمل فيها كما قال :"خرم قواعد الشريعة في الواقع"[1]. وقد كان هدفه من ذلك حسم سبل التذرع بالأسباب المفضية إلى صرف

الحكم الشرعي عن وضعه الأصلي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، وتجويز الحيل من هذا الوجه يناقض مبدأ سد الذرائع مناقضة ظاهرة..

فتأمل كيف جعل الشاطبي من قاعدة الحيل وليدة الأصلين معا،أصل الباعث في التصرفات ،وأصل النظر في المآلات.

فمتى كان قصد المكلف منافيا لقصد الشارع فعمله باطل، لما تقرّر من أن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع،فإذا ناقض قصد الشارع كان متحايلا أو متعسفا في استعمال حقه الذي أباحه الشارع له.

ومتى أدى استعمال الحق المشروع لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة فيه تدرأ،إلى فوات مصلحة أهم،أو حدوث مفسدة أكبر منع منه،لما تقرر من أن النظر في المآلات مقصود شرعا.وهذا النظر ينطبق على التحيل،ذلك أن الفعل المتحيل به فعل مشروع لمصلحة في الظاهر،ولكن لم يقصد به تحصيل المصلحة وإنما قصد به مفسدة محرمة.كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة، قد تحيل على قلب الأحكام فأظهر عملا جائزا، بل هو من نوافل الخيرات عندما وهب ماله في آخر الحول ، لكن لما كانت الهبة المشروعة لاتنافي قصد الشارع من الزكاة و هو رفع الشح و الإرفاق بالناس والإحسان إليهم يندب إليها من هذه الجهة ، لأن قصد الشارع في الهبة المشروعة لا ينافي قصده في الزكاة ، ولكن في الهبة الصورية التي فرضناها ، فإنها تنافي قصد الشارع في رفع الشح عن النفوس و الإحسان إلى

[1]-نفس المصدر:(145/4).

عباده[1]. لأنها اتخذت وسيلة لإسقاط واجب الزكاة ، و هذه مناقضة ظاهرة لقصد الشارع في الهبة المشروعة والزكاة المفروضة على السواء ، و هذا الإسقاط هو مآل تصرفه المقصود وهو خرم لقواعد الشريعة و إبطال لأحكامها بلا مراء.

فالقصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي ، والتعسف في استعمال الحق الذي يقصد فيه معاندة الشارع وهدم قصده ، هو أرقى ما يتصور من التعسف، فيجب سد الذريعة إلى التسبب فيه ، لأن التضاد هدم للقصد الشرعي، وهو محرم قطعا، وما يؤول إلى المحرم محرم فيجب المنع من التسبب فيه ، توثيقا لمقاصد الشريعة والمصالح الحقيقية المعتبرة.

أصل هذا كله : "أن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، و إنما قصد بها أمور أخر هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"[2].

ولقد تنبه بعض فقهاء الغرب المحدثين-جوسران- إلى هذا المعنى ، و جعل التعسف :" التحايل على غاية الحق"[3]. بينما قرر الإمام الشاطبي- رحمه الله – هذا المعنى منذ أمد بعيد وفصل القول فيه ، مقررا أن التحايل بأمور ظاهرة الجواز قصدا إلى إبطال حكم شرعي هو من صميم التعسف ، و إذا قصد المتحايل نقيض قصد الشارع فعمله في المناقضة باطل، لأن التحايل هو العمل المخالف لروح الحق و الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي الذي شرع من أجله .

---

[1] - ينظر : دراز. الموافقات.هامش.(293/2).

[2] - الموافقات:(293/2).

[3] - جوسران: روح الحقوق ونسبيتها. نقلا عن الدريني :نظرية التعسف. ص:(193).

بعد هذا العرض الذي تم فيه بيان ماهية التعسف وحقيقته من خلال التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله مع تحديد مظاهره يمكن استخلاص النتائج التالية:

أولا: إن حقيقة التعسف تتخذ فكرة أن يستعمل الشخص الفعل المشروع في الأصل بمقتضى حق أو إباحة مناقضا في استعماله هذا لوضع الشارع -قصدا أو مآلا- على وجه يلحق الأضرار بغيره أو يخالف المصلحة التي قصدها الشارع في التشريع .أي أن حقيقة التعسف عند الشاطبي هي مناقضة قصد الشارع وهذه المناقضة أو المضادة لها معياران هما القصد والمآل .

ثانيا: إن الشاطبي يكيف التعسف في بعض صوره بأنه تعدٍّ بطريق التسبب، لكن دون أن يلتزم في ذلك ضابط التعدي عند الأقدمين من الفقهاء ،حيث أقام فكرة التعدي على عناصر نفسية من قصد الإضرار أو التقصير في النظر ليطور بذلك فكرة التعدي إذا أخذت تشمل عنده المعيار الذاتي أيضا بعد أن كان معيارها موضوعيا صرفا.

ثالثا: رغم تطوير الشاطبي لفكرة التعدي إلا أن هذه الفكرة - مع معيارها الذاتي – قاصرة عن استيعاب جميع حالات التعسف، ذلك أن بعض هذه الحالات بنى الشاطبي النظر فيها على قواعد ومعايير تعتمد النظر الموضوعي البحت كقاعدة سد الذرائع التي تتخذ من ثمرة العمل أساسا للحكم على الفعل بمقتضاه المشروعية أو عدمها الأمر الذي يتعارض مع اعتبار مبنى التعسف على التعدي بطريق التسبب.

رابعا: لقد أسس الشاطبي بطلان التحايل على جملة من الأصول الكلية والقواعد القطعية، ثم قام بعمل استقراء من نصوص الشريعة يفيد أن التحايل بالفعل المشروع في الظاهر إلى إبطال الأحكام الشرعية هو أرقى ما يتصور من التعسف أو هو من صميم التعسف حتى صار التعسف بمعناه الخاص عند الشاطبي يراد به التحايل لأنه في الحقيقة استعمال للحق في غير ما شرع له .

الفصل الثاني:
معنى نظرية التعسف

بعد هذا العرض الذي تناول اعتصار أصول النظرية كما صاغها الشـ اطبي،وبعد محاولـ ة تقريـ ر أبعـ اد النظريـ ة وامتـ دادها فـ ي فكـ ره الأصولي المقاصدي ،تنتقل الدراسة لمناقشة معنى النظرية في جوانبها الأساسية التي قررها الشاطبي،مع التركيز على المعالم الكبرى التي تعتبركنتيجة حتمية للأصول والمبادئ التي تبناها الشاطبي

وقد اختير لهذا الفصل ثلاث قضايا يتجلى من خلالها التقويم العام للنظرية ،موزعة على ثلاثة مباحث كالآتي:

المبحث الأول:التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله

المبحث الثاني: أقسام التعسف

المبحث الثالث:أسس درء التعسف

المبحث الثاني: أقسام التعسف عند الشاطبي

خصص الشاطبي المسألة الخامسة من مقاصد المكلف لبيان حالات التعسف، وحكم كل حالة في الشرع . والمتأمل لهذه الحالات التي ذكرها الشاطبي يجده قد بنى النظر فيها على معياريين اثنيين: معيار ذاتي ، و معيار موضوعي أو مادي، وعلى أساسهما فصل حالات الضرر التي تترتب على استعمال الحقوق .

والواقع أن الشاطبي في تقسيمه هذا قد فصل حالات الضرر الناجمة عن التعسف في استعمال الحق مع بيان حكم كل حالة منها، مرسيا بذلك قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق. وتضبط وجوه التعارض بينها.

ولنذكر الآن أقسام التعسف عند الإمام وما حواه كل قسم من الحالات مع بيان حكم كل حالة في الشرع(ينظر الشكل رقم 02)، ثم نردف ذلك ببيان حالات التعسف كما نص عليها المشرع الجزائري، لنستخلص بعد ذلك أهم النتائج المتعلقة بـ:

أولا: حصر معايير النظرية عند الشاطبي ومحاولة الكشف عنها ليتضح بعد ذلك :هل اقتصر الشاطبي على المعيار الذاتي ، أو تعدى إلى المعيار المادي الذي قوامه الموازنة بين المصالح التي يجنيها صاحب الحق من حيث إن الحق قد شرع لأجلها، وبين ما يلزم عن ذلك من مضرة مساوية أو راجحة.

ثانيا:وهو الأهم: دور النظرية ووظيفتها ، وهل هو مقصور على التضمين أو أن لها دورا وقائيا يقضي بالمنع والحيلولة دون وقوع الضرر أو استمراره، بمنع أسبابه إلى جانب ما تقضي به من التضمين عما وقع إن كان له وجه .

ثالثا: هل الحالات التي ذكرها المشرع الجزائري تتفق مع الحالات التي قررها الشاطبي أم أنها تختلف؟ وإذا كانت تختلف فما وجه الاختلاف بينها.

أقسام التعسف

التعسف باعتبار القصد وعدمه

التعسف باعتبار المآل

المطلب الأول: التعسف باعتبار القصد وعدمه

وهذا القسم من التعسف معياره ذاتي شخصي، يتمثل في توفر القصد وعدمه، أي قصد الإضرار أو الباعث غير المشروع من حيث الوجود والعدم. وحاصل هذا القسم أن الضرر الناتج عن استعمال الحق إما أن يكون مقصودا من الشخص أو غير مقصود، وكونه غير مقصود:إما أن ينتج عنه ضرر خاص أو عام. فتحصل إذا من هذا القسم ثلاث حالات تفصيلها فيما يلي:

الفرع الأول: استعمال الحق بقصد الإضرار

وقد فرض الشاطبي في هذه الحالة: استعمال الحق إذا قصد به مصلحة شخصية وصحبها قصد الإضرار بالغير،كالمرخص سلعته قصد طلب معاشه وصحبه قصد الإضرار بالغير. فهذه الحالة تتضمن ممارسة الحقوق والإباحات للحصول على المصلحة الشخصية مع مصاحبة قصد الإضرار بالغير. وفي هذه المسألة تفصيل :

فإذا كان للجالب أو الدافع – وهو المستعمل لحقه – وجهة أخرى يحقق بها مصلحته دون إلحاق ضرر بالغير، أي أنه لو انتقل إلى وجه آخر لجلب المصلحة أو دفع المفسدة حصل له ما أراد، فإنه -والحالة هذه- يمنع من استعمال حقه على الوجهة الأولى لقيام قرينة قصد الإضرار. لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار فلينتقل عنه ولا ضرر عليه. كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد باستعمال حقه سوى الإضرار من باب أولى. وذلك لثبوت الدليل على أنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام [1].

أما إذا لم يكن للجالب أو الدافع وجهة أخرى يحقق بها مصلحته دون الإضرار بالغير فحق الجالب أو الدافع مقدم، إلا أنه ممنوع من قصد الإضرار[2].

على أن القول بأن حق الجالب أو الدافع مقدم لا يؤخذ على إطلاقه، ومن هنا فرض الشاطبي في هذه الحالة صورة أخرى يقصد فيها المستعمل لحقه إلى نفع نفسه وإلى ضرر غيره معا وليس في القضية نفع عام فقال:" فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، لكن يبقى

---

[1]- الموافقات: (265/2).

[2]- المصدر نفسه:(265/2).

النظر في هذا العمل الذي اجتمع فيه قصد النفس وقصد إضرار الغير، هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه؟ أم يبقى على حكمه الأصلي من الإذن ويكون عليه إثم ما قصد؟ هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة،وهو جار على مسألة الصلاة في الدار المغصوبة"[1]، أي مما كان فيه النهي لوصف منفك ففي صحته خلاف شهير بين أهل الأصول[2].

وكلام الشاطبي هذا يدل على أنه يجب -ليقدم حق الجالب والدافع -أن يكون الضرر اللاحق بالغير-مع توفر القصد السيئ- مساويا لضرر صاحب الحق إذا منع من استعماله وإلا كان متعسفا في استعمال الحق لاختلال التوازن،ولما تقرر من أن الضرر العام أولى في الاعتبارمن الضرر الخاص،وهذا ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والمالكية[3].

وتأسيسا على هذا النظر فلا يجوز للجار-مثلا-أن يمنع جاره من حق الارتفاق في ملكه إذا كان ذلك الجار في حاجة ماسة إلى ذلك وهو لا يتضرر كثيرا منه، وإذا امتنع لزم على السلطات أن تجبره على ذلك لأن القاعدة المقررة في هذا كما يقول ابن القيم :" أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[4].

الفرع الثاني : ما لا يقصد فيه الإضرار وكان الإضرار اللازم عاما

والفرض في هذه الصورة أن الجالب أو الدافع -المستعمل لحقه-لم يقصد من فعله ذاك الإضرار بالغير،أي أن قصد الإضرار هنا منتف، إلا أنه يلزم عنه ضرر عام. وإذا منع من استعمال حقه استضر هو أيضا. وفي هذه الحالة يقول الشاطبي مبينا وجه الحكم فيها:" لا يخلو أن يلزم في منعه الإضرار به بحيث لا ينجبر أولا،فإن لزم قدم حقه

---

[1]- الموافقات: (265/2).

[2]- ذهب أبو حنيفة وأصحابه وهو قول للشافعي أن النهي عن الشيء لغيره المنفك عنه لا يقتضي فسادا،وخالف في ذلك مال وأحمد.ومدرك الأحناف في مذهبهم أن الشيء المنهي عنه لغيره كالنهي عن البيع عند النداء الثاني،له جهتان،فيصح من جهة وقوعه بشروطه وأركانه،ويأثم البائع من جهة أخرى لوقوعه في هذا الوقت المنهي عنه.وكذلك يقال في الصلاة في الثوب المسروق،والدار المغصوبة. ينظر:تفصيل المسألة في:السبكيان:الإبهاج في شرح المنهاج.دط.دار الكتب العلمية،بيروت.ت:1416ه/1995م.(70/2). أبو الحسين البصري:المعتمد في أصول الفقه.دط.دار الكتب العلمية،بيروت.د:ت.(173/1).الشوكاني:إرشاد الفحول.ص:(113). النملة:المهذّب في أصول الفقه المقارن.(1450/3).

[3]- ينظر هنا: الزيلعي .تبيين الحقائق .(689/4).

[4]- ابن القيم : الطرق الحكمية. ص:(264).

على الإطلاق على تنازع يضعف مدركه في مسألة الترس[1] التي فرضها الأصوليون ،وإن أمكن انجبار الإضرار ورفعه جملة فاعتبار الضرر العام أولى[2] .

فالشاطبي يفرق في هذه الصورة بين ما إذا كان هذا الضرر اللاحق بصاحب الحق ينجبر أولا، فإذا كان الضرر اللاحق به لا ينجبر كفقد الحياة أو عضو من أعضائه أو ما ماثل ذلك فيقدم صاحب الحق مطلقا إلا في مسألة واحدة خصها الشاطبي : وهي مسألة الترس التي فرضها الأصوليون فيما إذا تترّس الكفار بمسلم وعلم أن الترس إذا لم يقتل استؤصل أهل الإسلام،فيقول إنه يلزم من الأخذ بحقه وعدم قتله استئصال أهل الإسلام يعني هو وغيره من سائر المسلمين أوجميع الجيش على الأقل، فالضرر لاحق على كل حال.وفي هذه الحالة إما أن يقتل الترس أو يفقد الجيش الإسلامي فيدفع الضرر الأشد بارتكاب الضرر الأخف ويقتل الترس أفضل لإنقاذ جيش المسلمين من الهلاك، لأن الضرر الذي يترتب على فقد الجيش أعظم من الضرر اللاحق بصاحب الحق هنا،وإن كان الضرر اللاحق به لا ينجبر،وذلك حفظا للمصلحة العامة[3].

وأما إذا كان الضرر اللاحق بصاحب الحق ينجبر بأن يكون في أمور مالية وذلك كانتزاع ملكية داره لتوسيع المسجد أو لتوسيع الطريق العام، فهنا -والحالة هذه – يمنع صاحب الحق من استعمال حقه ولولم يكن منه قصد إلى الإضرار بأحد؛ حتى وإن استضر هو، لأن ضرره ينجبر بمنحه تعويضا عادلا. وهذه قاعدة جبر المضرة لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة،ولا يجوز لصاحب الدار أن يعترض على نزع ملكية داره[4].

وكذلك يدخل تحت هذه الحالة أهل الصناعات إذا امتنعوا عن بذل منافعهم وتعلقت حاجة الناس بهم، فللدولة هنا أن تجبرهم على بذل

---

[1] - الترس: من السلاح المتوقى به، وجمعه أتراس وتِراسٌ وتِراسَة وتُروس. ورجل تَارسٌ : ذو ترس ، والتترس التستر بالترس، والترس خشبة توضع خلف الباب، يضبب بها السرير. ينظر: تهذيب لسان العرب: ابن منظور. المكتب الثقافي الإسلامي لتحقيق الكتب. دار الكتب العلمية،بيروت.لبنان. ط:1.ت:1413ه/1993م.(127/1).

[2]- الموافقات: (266/2).

[3]- دراز: الموافقات. هامش .(265/2).

[4]- ينظر هنا: الموافقات.(266/2). الاعتصام:ص:(12).الطرق الحكمية :ص:(263).

منافعهم ويعطون أجر المثل وهذا يؤكد أن الشريعة تقدم المصلحة العامة مع رعاية المصلحة الخاصة توفيقا بينهما ما أمكن التوفيق.

وأما تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي وهي الأمثلة التي استند إليها الشاطبي لتقرير حكم هذه المسألة فيمنع المتلقي والسمسار،لأن الحاضر -أي السمسار- بتوكيله على بيع سلعة البدوي لم يقصد الإضرار بالناس، إلا أن علمه بالأثمان وبما يحتاج إليه الناس من السلع وما يحتاجون إليه، يؤدي إلى غلاء الأثمان وإيقاع الناس في المضرة وعلى ذلك فهو يمنع من ذلك الفعل، وتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وقد سبق تقرير هذا المعنى وتوكيده عند الحديث على أدلة النظرية من السنة ،والحمد لله .

ومن تطبيقات هذه الحالة أيضا: منع التجار من احتكار ما يحتاج إليه الناس، والحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس أو المتعهد بتأجير المواصلات وغيرهم ومنع الأفراد من إقامة فرن للخبز في سوق البزازين[1]، ونحوه إقامة مصنع يؤثر بضوضائه ودخانه الكثيف على حي سكني راق فيصيبهم بأضرار بينة في راحتهم، أو يعطل عليهم انتفاعهم بأملاكهم على الوجه المعتاد. والحكم الفاصل في هذه المسائل وغيرها يعتمد الموازنة بين النفع والضرر ويتخذ درء التعسف هنا صورة ترجيح مصلحة على أخرى وهذا ما أشار إليه أبو إسحاق بقوله:" فاعتبار الضرر العام أولى، فيمنع الجالب أو الدافع مما هم به، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة"[2].

الفرع الثالث : ما لا يقصد فيه الإضرار وكان الإضرار اللازم خاصا

والفرض في هذه الصورة أن المستعمل لحقه لم يقصد الإضرار بأحد ،أي أن قصد الإضرار منتف، إلا أنه يلزم من استعمال الحق ضرر بالغير من الأفراد ومماثل للضرر اللاحق بصاحب الحق إذا منع منه، ولكن يلاحظ أن الغير الذي يلحقه الضرر لم يتقرر له حق في محل الضرر[3].

---

[1]- ينظر هنا: الموافقات.(266/2). الطرق الحكمية.ص:(243). فتاوى ابن رشد.(1274/1).

[2]- ينظر هنا: الموافقات.(266/2).

[3]- نفس المصدر.(264/2).

ففي هذه الحالة يكون المستعمل لحقه محتاج إلى استعمال حقه ولا يوجد له وسيلة أخرى يحقق بها مصلحته الخاصة،ولكنه أيضا إذا استعمل حقه يلحق ضررا خاصا بالغير. فهناك إذا طرفان متساويان من حيث الضرر، فحاجة الجالب لهذا الحق مؤكدة وإلحاق الضرر بالغير مؤكد أيضا...

ومن أمثلة هذه الحالة أن يسبق إنسان إلى شراء طعام أو إلى استئجار أرض أو دار هو يعلم أنه إذا فعل ذلك استضر غيره لحاجته إلى هذه الأشياء ،وإن لم يفعل استضر هو...ومن أمثلتها أيضا أن يسبق إلى حيازة مباح كالصيد والحطب أو أن يدفع ظلما عن نفسه وهو يعلم أنه يلزم من ذلك وقوعه بغيره ..

ففي هذه الأمثلة وغيرها يقول الشاطبي:" إن الموضع في الجملة يحتمل نظرين: نظر من جهة إثبات الخطوط، ونظر من جهة إسقاطها. فإن اعتبرنا الخطوط فإن حق الجالب أو الدافع مقدم؛ وإن استضر غيره بذلك ،لأن جلب المنفعة أو دفع المضرة مطلوب للشارع مقصود،ولذلك أبيحت الميتة وغيرها من المحرمات وأبيح الدرهم بالدرهم إلى أجل للحاجة الماسة للمقرض وللتوسعة على العباد.. إلى أشياء من ذلك كثيرة دلت الأدلة على قصد الشارع إليها. وإذا ثبت هذا فما سبق إليه إنسان من ذلك قد ثبت حقه به شرعا بحوزه له دون غيره، وسبقه إليه لا مخالفة فيه للشارع فصح"[1].

والشاطبي يقرر بكلامه هذا أن حق الجالب مقدم على حق الغير،لأن جلب المصالح ودفع المفاسد من مقاصد الشرع. والدليل على ذلك إباحة أشياء منعها الشرع للضرورة أو الحاجة كإباحة الخمر للمضطر وإباحة بيع السلم مع أنه بيع عاجل بآجل، أي بيع معدوم وبيع العرايا على ما منها من شبهة الربا. وعلى هذا فما سبق إليه المستعمل لحقه ليجلب به مصلحة أو يدفع عنه مفسدة فقد ثبت حقه فيه شرعا بحيازة له دون غيره فيجوز له استعماله كما يجوز له أن يسقطه، إلا إذا كان مضطرا إليه فإنه يتعين عليه تعاطيه، لأنه أصبح واجبا عليه صيانة لنفسه أو دينه أوغيرهما من الضروريات، فمتى تعينت الحاجة إليه، فإنه يجب أن يستعمله لأنها ضرورية وأكيدة، أما حاجة الغير إليه فمحتملة. وبذلك ظهر "أن تقديم حق المسبوق على حق السابق ليس

[1]- الموافقات:(266/2).

بمقصود شرعا إلا مع إسقاط السابق لحقه، وذلك لا يلزمه بل يتعين عليه حق نفسه في الضروريات فلا يكون له خيرة في إسقاط حقه، لأنه من حقه على بينة ومن حق غيره على شك أو ظن وذلك في دفع الضرر واضح"[1].

وتأسيسا على هذا: فإن صاحب الحق أو الملك إذا تصرف في حقه أو ملكه أو ألحق ضررا بالغير،فإنه لا يمنع من فعله إذا كان ضرر الغير مماثلا للضرر اللاحق به من جراء منعه من استعمال حقه للقاعدة المعروفة : أن" الضرر لا يزال بمثله".

ومن تأمل حكم الشاطبي في هذه المسألة تبين له أنه يتعلق باستعمال الرخص والإباحات،فحكم الشارع هو الإذن لمن سبق بالشراء أو الإجارة أو غيرهما، ولا يلتفت إلى ما ترتب على الحيازة من الضرر لسبقه إلى غيره في شيء لم يتقرر للآخر حق فيه، ولذلك يقال أنه لم يتقرر لأحدهما حق في محل الضرر ومنشئه[2].

فثبت إذا بما قرره الشاطبي أن حق السابق من الناحية القضائية مقدم وإن لحق غيره بذلك ضرر، لأن جلب الإنسان لمصالحه ودفع المفاسد عنه مقصود للشارع قطعا[3].

فإن قيل: إن هذا الحكم الذي قرره الشاطبي في تقديم حق السابق وإن استضر المسبوق يشكل في كثير من المسائل، لأن القاعدة المقررة شرعا أن " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" فلا يكون ما تقدم من تقديم حق السابق مع استضرار المسبوق مشروعا بمقتضى هذا الأصل . ومما يؤيد هذا المعنى ما ثبت من إكراه صاحب الطعام على طعام المضطر إليه لإحياء نفسه إما بعوض وإما مجانا، فيؤخذ من يد صاحبه قهرا -مع حاجته إليه وحيازته إياه- لما كان إمساكه مؤديا إلى إضرار المضطر،وكذا القول في إجبار المحتكر على بيع ما في يده للعامة قهرا لما صار منعه مؤديا إلى الإضرار بالعامة. وهذا كله يناقض ما أصلتم له من تقديم حق السابق على المسبوق؟

فالجواب كما قال الشاطبي[4] أن هذا كله لا إشكال فيه، وبيانه:

---

[1]- المصدر نفسه:(266/2).

[2]- الدريني: نظرية التعسف.ص:(184).

[3]- الموافقات:(266/2).

[4]- نفس المصدر:(267/2).

أن الإضرار بالغير في المسائل المتقدمة والأصول المقررة ليس بمقصود في الإذن ابتداء، وإنما الإذن لمجرد جلب الجالب ودفع الدافع، وأما كونه يلزم عن استعمال صاحب الحق إضرارا فهذا أمر خارج عن مقتضى الإذن، هذا وجه.

ووجه ثان: هو أنه قد تعارض هناك إضراران: إضرار صاحب الحق السابق له وإضرار من لا يدله ولا ملك، والمعلوم المقرر شرعا تقديم صاحب الحق. "ولا يخالف في هذا عند المزاحمة على الحقوق" كما يقول الشاطبي[1].

فتحصل أن الإذن من حيث هو إذن لم يستلزم الإضرار،وكيف ومن شأن الشارع أن ينهى عنه ،حتى إنه إذا قصد صاحب الحق الإضرار أثم وإن كان محتاجا إلى ما فعل. وفي هذا أكبر دليل على أن الشارع لا يقصد الإضرار بل عن الإضرار نهى.

وعلى هذا إذا ترتب على استعمال الحق ضرر بالغير أشد مما يلحق بصاحب الحق وإن كان هو السابق له، أو ترتب عليه ضرر عام منع من استعمال حقه. ومن الأول مسألة المضطر، ومن الثاني مسألة المحتكر. وبهذا انجلى الإشكال والحمد لله.

هذا هو الحكم الفقهي القضائي ومدار النظر فيه على اعتبار الخطوط.

أما إذا لم نعتبرها –وهو الحكم الخلقي- فيتصور هنا وجهان:

أحدهما: إسقاط الاستبداد والدخول في المواساة على السواء، وهو فعل محمود جدا جار على أصل مكارم الأخلاق التي ندب إليها الإسلام.

والثاني: الإيثار على النفس، وهو أبلغ في إسقاط الخطوط بترك نصيبه لغيره اعتمادا على الثقة بالله تعالى وتحملا للمشقة في عون الأخ ابتغاء لمرضاة الله عز وجل، وهو من محامد الأخلاق وزكيّات الأعمال[2].

وهذا الحكم إشارة منه إلى الدعامة الخلقية التي يقوم عليها التشريع الإسلامي، وأنه يستحب في هذا الوجه التسوية والاشتراك ما لم يضيع

[1]- نفس المصدر:(268/2).

[2]- الموافقات:(269/2).

عليه مقصودا من مقاصد الشرع في المحافظة على نفسه أو دينه أو عقله أو عرضه[1] .

المطلب الثاني : التعسف باعتبار المآل

وفي هذا القسم ذكر الشاطبي أربع حالات بالنظر إلى للآثار المادية الناتجة عن استعمال الحق، أي جعل النظر فيها ماديا موضوعيا صرفا ، مبنيا على قاعدة سد الذرائع التي تقرر أنها تقوم على أصل النظر في مآلات الأفعال ونتائجها، أما النظر إلى القصد وعدمه فأمر ثانوي. وهذا النظر يجعل تكييف الفعل المأذون فيه في الأصل رهنا بمآل التعرف على المصلحة أو المفسدة، أي أن المعيار الموضوعي يتخذ من ثمرة الفعل أساسا للحكم على الفعل ببقاء المشروعية أو عدمها .

وتأسيسا على هذا حصر الشاطبي استعمال الحق في أربع حالات بالنظر إلى درجة الإفضاء إلى المفسدة وهي :

الفرع الأول : ما كان أداؤه إلى المفسدة قطعيا

والمفروض في هذه الحالة أن المستعمل لحقه لا يلحقه من منعه ضرر، لكن يفضي استعمال هذا الحق إلى أضرار بالغير، وهذا الإفضاء قطعي في جري العادة، أي أن الضرر ينتج عن فعله قطعا،ولا يلحق الحالب أو الدافع من منعه ضرر .

يقول الشاطبي مبينا وجه النظر في المسألة :

1- وفي هذا النظر ينفي الشاطبي بصراحة أن يكون الحق الفردي في الإسلام سلطة مطلقة أو استبدادا مطلقا، وبذلك ينفي معنى الفردية ويثبت المعنى الاجتماعي للحق في أرقى صوره وأسمى معانيه. وقد سبق تقرير هذا المعنى في مبنى النظرية وسيأتي فضل بيان له عند الحديث على قاعدة الإيثار كمظهر راق للدعامة الخلقية التي اعتبرها الشاطبي أساسا من أسس درء التعسف في استعمال الحق.

"فله نظران : نظر من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا من غير قصد إضرار بأحد ،فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه،ونظر من حيث كونه عالما بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود، مع عدم استضراره بتركه، فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار، لأنه في فعله إما فاعل لمباح صرف لا يتعلق بفعله مقصد ضروري و لا حاجي و لا تكميلي؛ فلا قصد للشارع في إيقاعه من حيث يوقع. وإما فاعل لمأمور به على وجه يقع فيه مضرة مع إمكان فعله مع وجه لا يلحق فيه مضرة. وعلى كلا التقديرين، فتوخيه للفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لابد فيه من أحد الأمرين : إما تقصير في النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع أيضا ، فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل[1].

والشاطبي بتقريره هذا يبين أن هذه المسألة يتعارض فيها أصلان :

الأول : من ناحية عدم القصد، فإن المستعمل لحقه إنما قصد ما يجوز أن يقصد شرعا وهو المنفعة ،أي أن قصده كان موافقا لقصد الشارع ،ولم يكن يقصد الإضرار بالغير،فتصرفه من هذه الجهة باقي على أصل الإذن،وجاز له أن يستعمل حقه مطلقا.

والثاني :من ناحية مآل استعمال الحق وهو هنا لزوم الضرر قطعا، والقطعية تفيد العلم ، فالنظر في هذا الأصل متجه إلى إقدامه على الفعل مع علمه بلزوم مضرة الغير على الوجه القطعي عادة .

وعلى هذا فإقدامه على استعمال حقه من هذا الوجه يعتبر إما مظنة لقصد الإضرار؛ وقصد الإضرار ممنوع شرعا ،وإما تقصيرا منه في الاحتياط لتجنب الإضرار وذلك ممنوع أيضا ،وعلى ذلك يكون فعله ممنوع، لأن الشارع منع الضرر والضرار، سواء أكان بفرد أو بجماعة،وعلى الإنسان أن يترك المباح ما دام يؤدي به قطعا إلى ضرر خاص به أو بغيره ،وقد مثل الشاطبي لهذه الحالة بحفر بئر في الظلام خلف باب الدار ليقع فيه من يدخله"[2].

وإذا كان فعله من هذا الوجه ممنوعا، فإن كان قد ارتكبه فيعد متعديا بفعله، ويضمن ضمان المتعدي على الجملة، على أن هذا الضمان ينظر

---

[1]- الشاطبي : الموافقات. (271/2).

[2]- ينظر :الموافقات (264/2). وينظر أيضا : محمد هشام البرهاني : سد الذرائع في الشريعة الإسلامية , ط:2.ت: 1406ه /1985م. مطبعة الريحاني , بيروت , لبنان.ص: (213).

فيه بحسب النفوس والأموال مع ما يليق بكل نازلة ، ولا يعد قاصدا له إذا لم تكن هناك أدلة أخرى على

قصده التعدي، فإذا لم تقم أدلة أخرى فإنه يعامل معاملة المخطئ في التضمين للمتلف وفي الدية[1] .

والحق : أن في هذه المسألة خلاف بين الأصوليين ، مبناه هل النهي عن الشيء لوصف مجاور منفك عنه يؤثر في صحته إذا وقع أم لا؟ كالصلاة في الدار المغصوبة والذبح بالسكين المغصوبة،وما لحق بها من المسائل التي هي في أصلها مأذون فيها ويلزم عنها إضرار الغير.. فمنهم من رجح المنع .وفي هذه المسألة التي نحن بصدد البحث فيها يمنع من استعمال حقه من جهة أنه عالم بلزوم الضرر و بوسعه أن يتفادى وقوعه ،فإن وقع ضمن إن كان ثمة ضمان،لقيام مظنة القصد إلى الضرر، فالفعل من هذه الجهة مناقض لقصد الشارع ، وكل ما ناقض الشريعة باطل[2].

الفرع الثاني: ما كان أداؤه إلى المفسدة نادرا:

والمفروض في هذه الحالة أن الجالب أو الدافع –أي المستعمل لحقه- غير قاصد الإضرار بأحد لكن يفضي استعمال حقه إلى مفسدة نادرة.

وفي هذه الحالة يقول الشاطبي:" ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرا فهو على أصله من الإذن،لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور في انخرا مها،إذ لا توجد في العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة ،إلا أن الشارع إنما اعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة،إجراء للشرعيات مجرى العاديات في الوجود"[3].

والشاطبي من خلال كلامه هذا يرجح جانب الإذن ، فالفعل باق على أصله من المشروعية،لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بندرة المفسدة.إذ لا توجد في العادة مصلحة خالية عن المفسدة، والشارع إنما يعتبر في مجاري الشرع غلبة المصلحة على المفسدة ،لا ندرة المفسدة التي لا تخلو منها مصلحة.

---

[1]- دراز:الموافقات، هامش:(271/2).

[2]- الموافقات: (252/2).

[3]- نفس المصدر:(272/2).

وعلى هذا: فلا يعد المستعمل لحقه في هذه الحالة مع معرفته بندور المضرة في ذلك مقصدرا في النظر، ولا قاصدا إلى وقوع الضرر، فالفعل إذن باق على أصل المشروعية.

والدليل على هذه المسألة كما يقول الشاطبي:"أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها"[1]،أي أن رجحان المصلحة يعتبر ضابطا للمشروعات،كالقضاء بالشهادة في الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط ، وإباحة القصر في المسافة المحدودة؛مع إمكان عدم المشقةكالملك المترفه،ومنعه في الحضر بالنسبة لذوي الصنائع الشاقة،لما كان أصحابها الذين اعتادوها يندر أن تحصل لهم مشقة خارجة عن العادة في هذه الصنعة،فلم تعتبر الندرة هنا واعتبرت المصلحة الغالبة، لأن في منعها تعطيلا لمصالح الخلق؛فإن كل أفعال بني آدم تحتمل في بعض الوجوه الإفضاء إلى المفاسد، وليس فيها فعل واحد يتمحض عن مصلحة خالصة في جميع صوره وأحواله من غير أن يفضي إلى مفسدة ما ، وقد عدّ كثير منها من المصالح المباحة أو المأمور بها،لما في المنع منها من الحرج والمشقة المرفوعين عن الأمة في الشريعة الإسلامية[2].

الفرع الثالث : ما يكون أداؤه إلى المفسدة ظنيا

والفرض في هذه الحالة أن الجالب أو الدافع -أي المستعمل لحقه- لم يقصد الإضرار بأحد ولكن لزم عن فعله مفسدة ظنية .

وفي هذه الحالة يقول الشاطبي:"ما يكون أداؤه للمفسدة ظنيا فيشمل الخلاف. أما أن الأصل الإباحة -الإذن- فظاهر، وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظنا فهل يجري الظن مجرى العلم، فيمنع من الوجهين المذكورين ،أم لا يجوز تخلفهما وإن كان التخلف نادرا"[3].

وهذا الكلام يدل على أن المسألة تحتمل النظر من وجهين اثنين :

أما الأول: فمن جهة عدم القصد ،من حيث إن المستعمل لحقه لم يقصد الإضرار؛ أي كان قصده موافقا لقصد الشارع ، فإذا نظرنا إلى فعله من هذه الجهة بقي على أصله من الإباحة.

---

[1]- الموافقات:(272/2).

[2]- البرهاني: سدالذرائع .ص:(211).

[3] - الموافقات: (273/2).

وأما الثاني : فمن جهة ظنية وقوع الضرر، أي أن المضرة يمكن أن تقع، ويمكن أن لا تقع ،إلا أن وقوعها أرجح من عدمه .فهنا : يجري الظن مجرى العلم فيمنع من استعمال حقه ولا يلتفت إلى أصل الإباحة والإذن،إما من جهة التقصير في النظر المأمور به ،وإما من جهة قصد نفي الإضرار، مع جواز تخلفها وإن كان التخلف نادرا .

والدليل على اعتبار الظن هنا أمور[1]:

أحدها : أن الشارع الحكيم قد جعل الظن في أبواب العمليات جاري مجرى العلم , فالظاهر جريانه هنا .

الثاني : أن ما ورد من المنصوص عليه في سد الذرائع داخل في هذا القسم لقوله تعالى : (وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ)[الأنعام/108]. وثبت في الصحيح: «مِنْ الكَبَائِرِ شَتمُ الرّجُلِ وَالِدَيهِ، قَالُوا يَا رَسُولَ اللهِ: وَهَلْ يَشْتِمُ الرّجُلُ وَالِدِيهِ؟ قَال: نَعمْ، يسُبُّ أبَا الرَّجُلِ فَيَسُبّ أبَاهُ ،ويسُبُّ أمَّهُ فيسُبّ أمَّهُ»[2] .

و الثالث: أن هذا أيضا داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه، لأن من يتسبب في وقوع المفسدة ولو بغير قصد منه؛ يكون قد أعان على الإثم والعدوان من حيث لا يدري.

فهذه المدركات رجّحت جانب اعتبار الظنّ،وإن كان الأمر يحتمل الخلاف.

الفرع الرابع: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لا غالبا:

والفرض في هذه الحالة أن المستعمل لحقه لم يقصد المضرة بأحد، لكن آل استعمال حقه هنا إلى مفسدة يكثر وقوعها , ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب ،أي لا يقطع ترتب الضرر على استعمال حقه ولا يغلب

[1] - ينظر:الموافقات:(2/ 273).

[2] - الحديث أخرجه من رواية عبد الله بن عمرو بن العاص:البخاري :كتاب الأدب. باب لا يسب الرجل والديه.رقم: (5973).(92/7).ومسلم في صحيحه:كتاب الإيمان. باب بيان الكبائر وأكبرها.رقم: (146). (89/1) واللفظ له.

على الظن في ذلك ،فدرجة احتمال وقوع المصلحة , واحتمال وقوع المفسدة واحدة.

وفي هذه الحالة يقول الشاطبي : "ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لا غالبا ولا نادرا فهو موضع نظر والتباس , والأصل فيه العمل على الأصل من صحة الإذن ..و لأن العلم و الظن بوقوع المفسدة منتفيان، إذا ليس هنا إلا احتمال مجرد بين الوقوع و عدمه، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد إلى المفسدة والإضرار لايقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه . وأيضا فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصرا ولا قاصدا كما في العلم والظن ، وإذا كان كذالك فالتسبب المأذون فيه قوي جدا"[1] .

وكلام الشاطبي هذا يدل على أن صاحب الحق لا يمنع من استعمال حقه حملا على الأصل وهو الإذن ، ووجه ذلك :

أن صاحب الحق لا يعلم ترتب الضرر في فعله ، ولا يغلب على ظنه ذلك، فلا يتحمل تبعة الضرر الواقع ، ولا يبطل تصرفه لضرر متوقع، لأنه لا يمكن اعتبار الجالب أو الدافع هنا مقصرا في الاحتياط كما في الظن ، ولا قاصدا الضرر كما هو في العلم ،وليس من مظنه لهذا القصد تقيم حكم الرفع أو الدفع أساسها ، إذ ليس حمله على القصد إليها أولى من حمله على عدم القصد لواحد منها، وإذا كان كذلك فالسبب المأذون فيه قوي جدا وعلى ذلك يرجح جانب الإذن .

إلا أن الإمام مالك -رحمه الله- خالف في ذلك فاعتبره في سد الذرائع،"بناء على كثرة القصد وقوعا"[2] ،أي مظنة كثرة الوقوع ، فذهب إلى أن إقامة الكثرة مقام العلم أوغلبة الظن يستوجب الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع ، وكثرة وقوع المفسدة كافية في المنع ، وذلك لأن الباعث غير المشروع في الأمور الباطنة لا يمكن ضبطه أو التثبيت من وجوده،إلا أن هناك قرينة يمكن من خلالها أن يستدل بها عليه وهي كثرة الوقوع في الوجود أو مظنة ذلك[3]، ضف إلى ذلك أن الشريعة تقوم على الاحتياط في دفع الفساد والأخذ بالحزم.

---

[1] - الموافقات:(274/2).

[2] - المصدر نفسه.

[3] - الموافقات: (274/2).

وعلى هذا فإن من استعمال فيما يكثر آداؤه غالبا إلى المفسدة أي الضرر، خاصة إذا كان عاما أحيط في الدرء ولا حرج فيه ، و قد يمثل له بعدم تسجيل عقود الزواج ، وعقد بيع العقارات وسائر الأموال غير المنقولة وكلاهما مباح تركه ،لأنه ليس من شروط العقد وأركانه ، ولكن من بين ما يحدث في عصر عم فيه الفساد ، وقلّ فيه الحياء والدين أن تتزوج المرأة قبل موت زوجها الأول أو طلاقها منه بعد أن تهرب من بلدتها وموضع معارفها إلى مكان آخر لا تعرف فيه ... و أن يلجا أصحاب العمارات إلى بيع الشقة الواحدة قبل تمامها أولا ، ولأكثر من واحد ثانيا ، ليستفيدوا من الثمن الذي يأخذونه في هذه الحالة مضاعفا مرات ومرات في إتمام مشاريعهم، ثم بعد الانتهاء وانكشاف التلاعب يدفعون ما أخذوه بغير حق نجوما مفرقة ، وغيرها من الأمثلة التي عمت بها البلوى في زمننا والتي يجب منع أصحابها من استعمال حقوقهم احتياطا في رد المفسدة و رفعا للضرر العام المتوقع .

أصل هذا كله كما يقول الشاطبي:"أن الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم و التحرز مما عسى أن يكون طريقا إلى المفسدة"[1].وهذا يستوجب إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في المعاملات ، وإن كان الأصل هو الإذن ، فقد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة وهو عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه،فترجح هذا الأصل الأخير ، تطهيرا للمجتمع من الفساد ، ولما تقرر في الشريعة من أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وعلى هذا فكثرة الفساد داعية إلى هذا الترجيح ،وإلى اعتبارها في مرتبة الأمر الغالب ، فكما اعتبرت في المنع هناك فلتعتبر في المنع هنا كذلك،وعلى ذلك فبيع العينة وهو البيع الذي يتخذ ذريعة إلى الربا ، ولو أنه ليس مظنة لهذا القصد ، ولا يغلب على الظن أن كل بيع من هذا النوع مفضيا إلى ما يقصد به ذلك إلا أنه محرم بالنظر إلى كثرة الوقوع في الوجود. فالناس كثيرا ما يتخذونه ذريعة إلى تحقيق ذلك المآل – الربا – فمنعه مالك ، حتى يقطع على الناس كل طريق إلى الإضرار ويطهر المجتمع من الفساد هذا من جهة[2]..

ومن جهة ثانية : لما تقرر من وجوب النظر إلى النتائج و الثمرات التي تترتب على الأفعال، أي النظر إلى الوقائع المادية الخارجية

[1] - نفس المصدر:(2/ 276) . البرهاني:سد الذرائع .ص:(212).
[2] - ينظر: الموافقات:(2/ 275). حمودي: نظرية الباعث.ص:(195).

باعتبارها الأمر الجوهري لسد الذريعة التي تقرر أنها قاعدة من قواعد النظر في المآل.

وأخيرا فإنه قد جاء كثير من النصوص يحرم أمورا كانت في الأصل مأذونا فيها لكثرة ما تؤدي إليه هذه الأفعال من المفاسد، وإن لم يقطع بإفضائها إلى هذا المآل أو يغلب على الظن ذلك.

المطلب الثالث: حالات التعسف في التقنين المدني الجزائري

إنّ تبنى المشرع الجزائري لنظرية التعسف يدل على أن طبيعة الحق فيه ليس فرديا خالصا ،بل خصه معنى اجتماعيا ،وحاول تحقيق الموازنة بين مصلحة الفرد والمصلحة الجماعة اعترافا منه بهما،مقررا بهذا الوظيفة الاجتماعية للحق ،ولاسيما حق الملكية ،بحيث أرسى هذه الوظيفة مبدأ عاما هو قوام الحقوق الفردية كلها، تقيد الحق وتمنع الإضرار بالغير،كما تمنع تحقيق مصالح غير مشروعة باتخاذ الحق وسيلة لها[1] .

وفي هذا المطلب يتم البحث أولا في طبيعة التعسف في التقنين المدني الجزائري،ثم معايير التعسف والحالات التي اعتبرها المشرع مع بعض التطبيقات الواردة في هذا التقنين كأثر لإعمال هذه النظرية في معاييرها وذلك على النحو الآتي:

الفرع: طبيعة التعسف وأساسه:

عدّل المشرع الجزائري النص المتعقل بحالات التعسف التي جاء بها نص المادة 41 من التقنين السابق بما تضمنه نص المادة

[1]- ولا أدل على هذا المعنى ما نصت عليه المادة 677 ق.م بأنه:" لا يجوز سلب أي احد من ملكيته إلا في الأحوال الشروط المنصوص عليها في القانون،غير أن للإرادة الحق في نزع جميع الملكية العقارية للمنفعة العامة، مقابل تعويض منصف وعادل". القانون المدني:ص:(124).

124مكرر. والحق أن هذا التعديل كان جوهريا؛ من حيث إنه يتعلق بطبيعة التعسف وأساسه الذي يقوم عليه.

ولبيان حقيقة هذا التعديل نعرض أولا إلى نص المادة 41 من التقنيين السابق وما حوته ،ثم ننتقل إلى تحليل النص المعدّل ، وأخيرا بيان مدى الفرق بين طبيعة التعسف في النصين ؛ وهل كان المشرع الجزائري موفقا في تعديله لنص المادة:

أولا :طبيعة التعسف في النص السابق

تبنى المشرع الجزائري فكرة أن للحق وظيفة اجتماعية مقيدة بالغرض الاجتماعي الذي من أجله يقرره القانون ،ومزج كذلك بين الفقه الحديث في نظرية التعسف وبين الفقه الإسلامي، ولم ينف عنه نية الإضرار بالغير واستمد من الفقه الإسلامي ثلاثة ضوابط ضمها المادة 41 من التقنين المدني الجزائري وهي مطابقة للأحوال التي أوردها القانون المدني المصري في مادته الخامسة[1].

وقد نصت المادة 41 على أنه يكون استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

1- إذا كان وقع بقصد الإضرار بالغير.
2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة[2] غير مشروعة.

والملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع وصف استعمال الحق في الحالات الثلاث المنصوص عليها بأنه تعسفي ،ولم يصفه بأنه استعمال غير مشروع ،خلاف للقانون المدني المصري والسوري والليبي والعراقي والأردني[3] .وبذلك تأصل للتعسف في التقنين المدني

---

[1]- ينظر: محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ط. الجزائر 1985ص 312.

[2]- يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعبر عن معيار التعسف بفوات المصلحة على النحو الذي جرت عليه التقنينات العربية،بل أخذ بلفظ فائدة، والواقع أن المصلحة مقصود بها الفائدة ،سواء أكانت مادية أو معنوية . ولكنها الفائدة المشروعة. ليتحاشى بذلك العبارات ذات المفاهيم الواسعة غير المحددة من مثل الغاية أو الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي الذي يتأثر مفهومه بالتيارات السياسية وفلسفاتها في كل بيئة . وقد يعبر المشرع الجزائري أحيانا عن الفائدة بتعبير آخر من مثل مصلحة حرية كما في المادة 705، ومن مثل عذر قانوني كما في المادة 708م. ينظر: بلحاج العربي: نظرية الالتزام.ص:(125/1). الدريني: نظرية التعسف. ص: (278).

[3]- ينظر: حسن كيرة: المدخل إلى االقانون.ص: (757). عباس الطراف ،جورج خربون:المدخل إلى علم القانون.ط:2.مكتبة دار الثقافة.الأردن. ص:(273).

الجزائري نظرية عامة مستقلة ،منظور فيها إلى طبيعتها الخاصة التي اقتضت هذا التأصيل ، ونهضت بها ضوابط محددة يستعان في تطبيقها عملا بقواعد محكمة.

وهذا التأصيل خالف فيه التقنينات العربية التي تحاشت وصف الإساءة في استعمال الحق بكونه تعسفا بحجة أن لفظ التعسف مفهوم مبهم وواسع غير محدد، والمصطلح القانوني ينبغي أن يتسم بالتحديد والانضباط ضمانا لدقة الفهم وسداد التطبيق في القضاء.

وهذه حجة واهية : من جهة أن التعبير الذي اختارته تلك التقنينات قد أثار نزاعا شديدا أدى إلى الاختلاف في أصل طبيعة التعسف نفسه ، بحيث قضى على النظرية نفسها أو كاد على ما هو الرأي الغالب لدى الفقهاء والشراح[1].وعلى هذا فلا يصار إلى تحاشي أسباب اختلاف ما للوقوع في اختلاف أشد منه وأخطر.هذا شيء..

وشيء آخر:هو أن التعسف وإن كان لفظا يشوبه الإبهام أو السعة في مفهومه بادي الرأي،غير أن مفهومه يتحدد بالمعايير والضوابط المحددة التي نصت عليها المادة 41،إذ إن المشرع لم يعمد إلى النص على التعسف فحسب، أتبعه بما يحدد مفهومه من "ضوابط " إذا تحققت كنا بصورة من صور التعسف واضحة ، وهي ضوابط محددة[2].

إذن: كان المشرع الجزائري موفقا في تعبيره بالتعسف ،لأنه تحاشى بذلك نزاعا خطيرا قد ثار فعلا حول طبيعة التعسف ،ذلك النزاع الذي كاد أن يعصف بالنظرية كلها، حيث جعلها أحد تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

ثانيا: طبيعة التعسف في النص المعدل:

نصت المادة 124مكررا[3] ق.م.على أنه: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الأحوال الآتية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

---

[1]- ينظر: الخلاف في هذه المسألة: عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد.درط. دار النهضة العربية. القاهرة. د:ت. (842/1). حسن كيرة: المرجع السابق.ص:(757).

[2]- ينظر: الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق.ص:(281).

[3]- ينظر النص المعدل: بتاريخ 19 جمادى الأولى 1426ه/26 يونيو 2005م. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية . العدد: 24.

2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وفي هذا النص تبنى المشرع صراحة فكرة أن الاستعمال التعسفي للحق ما هو إلا شكل من أشكال الخطأ[1] المولد للمسؤولية التقصيرية[2] ، وهذا الاصطلاح يوحي بأنه فعل يجاوز حدود الحق الموضوعية أو أنه غير مشرع أصلا كصورة من صور الخطأ ،ليوافق بذلك مذهب القائلين بالتسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيري، أي أن التعسف في استعمال الحق يعتبر تطبيقا عاديا من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية.

وإذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة أحكام المسؤولية الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التعسف بالاكتفاء برده إلى معيار الخطأ التقصيري المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف ، إلا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتحديد والتيسير إنما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها[3].

ثالثا: الفرق بين النصين:

إن المتأمل لحقيقة هذا التعديل يجده قائما حول طبيعة التعسف ذاته ، وهل هو صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية فيندرج في نطاقها ، وبذلك لا يكون للتعسف كيان ذاتي ولا نظرية مستقلة. أم

---

[1]- يقصد بالخطأ في المواد المدنية بصفة عامة : الإخلال بالالتزام القانوني ،فالخطأ يثبت في جانب كل من ينحرف عن السلوك الشخصي العادي للإنسان ، لأن الأصل أن كل فرد في الجماعة يلتزم بقدر معين من أنواع السلوك والأنشطة حتى لاي يحدث أضرارا للغير. ينظر: إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا الحق والقانون وتطبيقاتهما في التقنيين المدني الجزائري.ص:(312). محمد سدراج:ضمان العدوان في الفقه الإسلامي.ط:1. دار الثقافة للنشر والتوزيع .ت:1406ه/1989م. القاهرة مصر.ص:(129).

[2]- يقصد بالمسؤولية التقصيرية مؤاخذة الإنسان عن خطأ منسوب إليه ، وهذه المؤاخذة تنتهي بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر ناشئ عن خطأ الغير وأركانها ثلاثة خطأ يقع من المسئول وضرر يصيب السائل ورابطة تربط الخطأ بالضرر. ينظر:محمد عابدين: التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث.درط. منشأة المعرف الإسكندرية مصر.1995م.ص:(19).

[3]- ينظر: حسن كيرة: المرجع السابق.ص: (762).

أن للتعسف طبيعة خاصة ومفهوم ذاتي متميز عن الخطأ وله معايير وضوابط محددة ؟

ففي النص السابق صرّح المشرع بالتعسف مبنى ومعنى فجعل له كيانا ذاتيا وطبيعة مستقلة عن الخطأ أو مجاوزة الحدّ، أما النص المعدّل فصدرح فيه باعتبار التعسف صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية. وبذلك كان المشرع أكثر دقة في التعبير عن مقصوده من اعتبار " استعمال الحق" على الوجه الذي قرره في المادة 41 ذا طبيعة متميزة عن طبيعة الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، أو فعل التعدي والمجاوزة لحدود الحق. وهذا يختلف عن طبيعة التعسف قطعا.

وعلى هذا يتوافر لفكرة التعسف أساس ووجود مستقل عن فكرة الخطأ وبمعزل عنها،فبينما يعني التعسف تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، يعني الخطأ الانحراف عن السلوك المألوف، والقول باعتبار التعسف تطبيقا من تطبيقات الخطأ يتجاهل ما للحق من غاية يجب الاعتداد بها في وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق .هذا من جهة..

ومن جهة ثانية: فإن استقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف فيما يولده من مسؤولية صاحب الحق ،إنما يولدها داخل دائرة المشروعية،بينما يولد الخطأ المسؤولية خارج دائرة المشروعية أصلا[1].

والخلاصة:أن المشرع الجزائري إذ نص على التعسف صراحة في المادة 41 كان أكثر توفيقا،إذ أنه أفرد للتعسف نظرية عامة مستقلة بالنظر إلى طبيعته ، ولم يجعله مجرد تطبيق للعمل غير المشروع.

الفرع الثاني: حالات التعسف

[1]- ينظر: حسن كيرة: المرجع السابق.ص:(763).

يتبين من خلال الحالات التي تضمنها نص المادة 124مكرر أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية التعسف بضوابطها الواردة في الفقه الإسلامي ،وأنه من خلال هذه الحالات قد ساغها على شكل مبدأ عام يسري بالنسبة لجميع سواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية، بل يسري في جميع نواحي القانون ، وقد راع المشرع في تحديد هذه الضوابط الثلاثة المعيار العام للخطأ . وهو السلوك المألوف للشخص العادي الذي يهيئ للقاضي ما يمكن الاسترشاد به لمعرفة استعمال الحق غير المشروع .

هذا ويرى الدكتور علي علي سليمان بأن المشرع الجزائري حصر التعسف في هذه المعايير الثلاث فلم يشأ أن يتوسع كما توسع الفقهاء المسلمون، ولم يشأ أن يضيق كما كانت النظرية التقليدية تفعل حين تحصره في نية الإضرار بالغير فقط.بل اتخذ موقفا وسطا بين الاتجاهين[1] .

على أن كلام الأستاذ فيه نظر ولا يسلم له به ،وبيان عدم التسليم له من وجهين:

أولهما: أن المشرع وإن كان قد ذكر ثلاث حالات ، إلا أن هذه الحالات ليست محصورة في الثلاث المنصوص عليها ، بل يلحق بها أيضا حالة الضرر غير المألوف اللاحق بالجار أو الضرر الفاحش،لأنه صورة من صور التعسف الناشئ عن استعمال الملك، ولكن على قدر معين من الجسامة على ما نصت عليه المادة 691:"يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، ويكون الجزاء على هذا هو أنم يحكم القاضي بإزالة هذا الضرر إذا تجاوز الحد المألوف ،مراعيا في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخر ، والغرض الذي خصصت له". فهذه حالة أخرى رابعة لم ترد في نص المادة[2].

والثاني: أن النص المعدل جاء فيه التصريح بعدم الحصر في قوله" لا سيما"،وهو ما يفهم منه قطعا أن هذه الحالات المذكورة لا يراد بها

---

[1]- ينظر: بلحاج العربي. نظرية الالتزام.ص:(125).

[2]- ينظر: السنهوري: الوسيط.(702/8). محمد حسنين : الوجيز في نظرية الحق بوجه عام.ص:(323).

الحصر مطلقا، وإنما سيقت مساق التمثيل على اعتبارها أبرز حالات التعسف ،ولا يلزم من ذكر الأعلى تجاهل الأدنى.

على أنه يقال: إن المشرع وإن لم يقصد الحصر عند ذكره لحالات التعسف،إلا أنه كان ينبغي أن يدرج حالة الضرر غير المألوف اللاحق بالجار أو الضر الفاحش كمعيار قائم بذاته من معايير التعسف ،يتعلق بعلاقات الجوار . وهو وإن كان خاصا بعلاقات الجوار إلا أنه في واقع الأمر ضابط عام يشمل سائر الوقائع التي يتحقق فيها هذا الضابط. والله أعلم.

ولنبحث الآن هذه الحالات الثلاث فيما يلي:

الحالة الأولى: قصد الإضرار بالغير

وهذه الحالة يتعلق المعيار فيها بالقصد أو النية ، أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، فالعبرة إذن بروح الاستعمال وليس مجرد شكله الظاهر[1]. وهذا هو المعيار الذاتي أو الشخصي الذي نص عليه المشرّع لأنه متعلق بالنية والقصد.

وهذه الحالة التعسفية يتعذر فيها إقامة الدليل مباشرة بمثلها، ولذلك يستخلصها القاضي من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من استعماله له، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي – وهو نية الإضرار- يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي وهو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف[2] .

وقد ساعدت المظاهر الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها على التعرف على نية الإضرار ،كأن يبني شخص حائطا عاليا في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره، وما دام أن الغرض الأساسي هو الإضرار بالغير ،فلا يغير من وجه المسألة أن تتحقق بعد ذلك منفعة عرضية لم تكن مقصودة، ويتحمل المضرور عبء إثبات قصد الإضرار عند صاحب الحق[3] .

وهذا المعيار الأول الذي نص عليه المشرّع الجزائري،هو نفسه الحالة الأولى التي ذكرها الشاطبي عند تفصيله لحالات التعسف،وهي

---

[1]- ينظر: حسن كيرة: أصول القانون. الصدّه.(407). حسن كيرة:المدخل.(773).عباس الطواف،جورج خربون.المدخل إلى علم القانون.ص:(276).

[2]- السنهوري: الوسيط.(844/1).

[3]- بلحاج العربي: نظرية الالتزام.ص:(126/1).

أن يقصد الجالب أو الدافع الإضرار بالغير ،فمتى كان قصد صاحب الحق الإضرار كان مناقضا لقصد الشارع ، والمناقضة خروج عن المصلحة المشروعة أو هدم لها،لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي.

وعلى هذا تكون نظرية التعسف في هذا المعيار تعقد الصلة وتوثقها بين التصرفات أو المعاملات وبين الأخلاق ،إذ لا انفصال بينهما لأن سوء النية أو طهارتها أمر خلقي في الأصل.

الحالة الثانية:

إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

وهذه الحالة ضابطها عدم التناسب بإطلاق بين المفسدة والمصلحة ؛بحيث ترجح الأولى وتزيد عن الثانية زيادة كبيرة مما يتصل بالمصلحة أيضا،لأن المفروض أن المصلحة هي التي ينبغي أن تكون زائدة وغالبة ،إذ الحق إنما شرع خدمة للفرد وتلبية لحاجاته وللغرض الاجتماعي أيضا، بحيث لا يكون ضررا عيه أو وسيلة لفواته، واختلال التوازن هنا يهدر هذه المصلحة وتلك الأغراض[1].

وعلى هذا فلا تكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حق تنتفي عنه شبهة التعسف، فمن اليسير ادعاء وجود مثل هذه المصلحة في الصور التي لا يكون قصد صاحب متمحضا للإضرار بالغير ،ولكن ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق ، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير ،بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقا ،فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق.

فهذا المعيار إذن قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق،وهو أمر تقدره المحاكم على حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة،والواقع أنه كثير وإن لم يكن دائما في وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الإضرار بالغير ،دون أن يتمحض القصد من استعمال الحق.

[1]- الدريني: نظرية التعسف.ص:(348).

ومن خلال هذه الحالة ومعيارها الذي يضبطها يتبدّى مفهوم التعسف الحقيقي، فلا أثر للتعدي أو الخطأ من جانب الشخص الذي يستعمل حقه[1] . وتعود هذه الحالة إلى الموازنة بين المصالح، مصلحة صاحب الحق ومصلحة الغير، ويتحقق التعسف في هذه الحالة حيث يظهر عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين مصلحة الغير بصورة تتفوق فيها مصلحة الغير على مصلحة صاحب الحق.

الحالة الثالثة:

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة

وضابط هذه الحالة هو تحقيق مصلحة غير مشروعة ،بأن كانت تناقض المصلحة المشروعة للحق أصلا،أو كانت تنافي مقصد المشرع أو نظامه العام روحا ومقصدا.لأن مما لا شك فيه أن المصلحة غير المشروعة تهدم المصلحة المشروعة وتنقضها، وهذا خلاف العدل والإنصاف ،بل هو التعسف بعينه.

وإذا كان الحق كما تقرر عبارة عن اختصاص الشخص بشيء اختصاصا يقره القانون،فالمفروض أن القانون لا يقر للشخص بهذا الاختصاص إلا إذا كان يحقق مصالح مشروعة لصاحبه أو للغير أو لمجموع الناس،فإذا تبين أن صاحب الحق قد استعمل حقه بشكل يرمي من ورائه إلى تحقيق مصالح غير مشروعة ،وألحق هذا العمل ضررا بالغير كان ملوما بتعويض ذلك الضرر[2].

ومن هنا فلا تكفي ان تكون هذه المصلحة التي يرمي صاحب على تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له،بل يجب أن تكون كذلك مشروعة،ذلك أن الحقوق ليس لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة،فالانحراف بها عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون.

---

[1]- ينظر: عباس الطراف،جورج خربوت.المرجع السابق.ص:(277). وقد خالف هذا الاتجاه الأستاذ السنهوري في الوسيط حيث اعتبر هذه الحالة صورة من صور الخطأ- وهو ما يوافق نص التعديل الجديد- إذ يقول:"المعيار هنا موضوعي،وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسي للخطأ ،معيار السلوك المألوف للرجل العادي". الوسط:(845/1).

[2]- يراجع هنا: بلحاج العربي:المرجع السابق.ص:(127/1). الطراف،جورج خربوت: المدخل إلى علم القانون.ص:(276).

وبناء على هذا المعيار يعتبر متعسفا في استعمال حقه ، المالك الذي يطالب بإخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته إلى السكن فيه،بعد محاولته زيادة الأجرة فيما يسمح به القانون وإخفاقه في ذلك،والمالك الذي يمتنع عن الترخيص بالإيجار أو التنازل عنه، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد دون سبب مشروع ،أو بقصد الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة[1] .

وواضح أن هذا المعيار معيار موضوعي مرن،يجعل للقضاء سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق ، ولعل صفة الموضوعية هي التي تجعله مفضلا لدى بعض الفقهاء[2] على المعيار الذاتي أو الشخصي وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع خاصة.

كانت هذه حالات التعسف التي نص عليها المشرع الجزائري،ومن خلالها ظهر أن هذه الحالات بمعاييرها وضوابطها تتصل بالمصلحة غاية الحق عدلا وإنصافا،من حيث إنها قيّدت الحق ومدى استعماله وفقا لغايته التي هي مناط العدل في التشريع.

وأخيرا: ومن خلال هذا المبحث الذي فصّل فيه الشاطبي بنظر أصولي دقيق حالات التعسف وحكم كل حالة منها يمكن استخلاص النتائج التالية:

أولا: إن الشاطبي يمنع من استعمال الحق عند تمحض قصد الإضرار ،بأن لم يكن لصاحب الحق قصد سوى الإضرار ،إلا أنه لما كان قصد الإضرار أمرا نفسيا يعسر الكشف عنه،فإنه يكتفى بالقرائن وظروف الأحوال للتثبت من وجوده.

ثانيا:إن التعسف أيضا قد يتخذ صورة الموازنة بين النفع والضر أي الموازنة بين المصلحة التي يتوخاها صاحب الحق والمفسدة التي تلزم عنه،فإذا رجحت كفة الضرر منع صاحب الحق من استعمال حقه،لأن درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح.

---

[1]- ينظر: حسن كيرة: المرجع السابق. ص:(776).

[2]- يقول السنهوري:" إن معيار المصلحة غير المشروعة هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه معيار الغرض غير المشروع،فهو إذن أدق من ناحية الانضباط ،وأسهل من ناحية التطبيق". الوسيط:(847/1).

ثالثا:كما أن التعسف قد يتخذ صورة الموازنة بين المصالح،فإذا ترتب على استعمال الحق ضرر بالمصلحة العامة أشد أو مساو للضرر اللاحق بصاحب الحق لو منع من استعمال حقه ،منع من ذلك لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة.

رابعا:إن التعسف في استعمال الحق في قسمه المادي أي التعسف باعتبار المآل منبثق عن مبدأ سد الذرائع القائم على دفع ضرر متوقع بتحريم التسبب فيه، والمنع من ممارسته قبل الوقوع.وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق،هذا بالإضافة إلى دورها في معالجة ما يترتب على استعمال الحق حال وقوع الضرر فعلا والحكم بالتضمين.

خامسا:إنّ المشرّع الجزائري بتعديله لنص المادة المتعلقة بحالات التعسف تبنى صراحة فكرة أن التعسف ما هو إلاّ شكل من أشكال الخطأ الموجد للمسؤولية التقصيرية ،ليوافق بذلك مذهب القائلين بالتسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيري،في حين أنه كان موفقا جدّا عندما اعتبر التعسف نظرية مستقلة قائمة بذاتها،مستمدا حالاتها من الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: أسس درء التعسف في استعمال الحق

استند الإمام الشاطبي عند تفصيله لحالات الضرر المترتبة على استعمال الحقوق إلى مجموعة من الأسس والضوابط التي تدرأ التعسف في استعمالها ، وقد بلغت هذه الأسس من الدقة الوضوح والضبط بحيث تعكس لنا القيمة المحورية التي يدور عليها التشريع الإسلامي وأصوله عند الشاطبي ، وأن الحق عنده هو "حق الله كسبا وانتفاعا". وهذا الآن تقرير بعض هذه الأسس:

المطلب الأول: أساس المصالح:

اعتبر الشاطبي المصالح الشرعية الأساس الأول والأهم الذي يدرأ التعسف في استعمال الحقوق، أصل ذلك عنده أن الأحكام الشرعية معللة بمصالح العباد ، وأن تكاليف الشريعة في مصادرها وموارداها ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، ولبيان هذا الأساس كضابط يدرأ التعسف في استعمال الحق ، لا بد أولا من إدراك حقيقته ، ثم أثره في درء التعسف وذلك في فرعين اثنيين:

الفرع الأول: المصالح معتبرة في الأحكام

اعتبر الشاطبي المصالح الشرعية محور التشريع؛حتى صار مفهوم المصلحة عنده يتطابق مع مقاصد الشريعة وينضبط بها.ولبيان مدى اعبتار المصالح لابد أولا من إدراك حقيقتها؛ثم الأدلة التي استند إليها الشاطبي في تقرير هذا الأصل .

أولا: المصلحة لغة:

تطلق المصلحة في اللغة ويراد بها نفس المنفعة ، أو تطلق ويراد بها ما يؤدي إلى المنفعة ، فقد يقال في العمل مصلحة ، وقد يقال العمل مصلحة ، فأريد بالثاني نفس المنفعة وأريد بالأول ما يؤدي إلى المنفعة ، فهي إما مصدر بمعنى الصلاح ، أو اسم للواحدة من المصالح[1] .

ثانيا : المصلحة في الشرع:

أما المصلحة اصطلاحا: فقد تباينت تعبيرات علماء الإسلام من الأصوليين في تعريفهم للمصلحة ، وإن لم يترتب على هذا التباين اختلاف في المقصود:

[1]- ينظر: ابن منظور . لسان العرب. مادة " صلح".(4/60-61).

- فهذا الغزالي يعرف المصلحة فيقول:" أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، ولكنّا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلقة خمسة ، وهي أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[1].

وهنا يلاحظ أن الغزالي يطابق في تعريفه بين المصلحة ومقصود الشرع ، ويبين أن هذا المقصود خمسة أصول هي أمهات المصالح وركائزها الأساسية ، والمصلحة تدور مع هذه الأصول وجودا وعدما،فحفظ هذه الأصول هو المصلحة ، وما يأتي عليها بالنقص والبطلان أو التفويت فهو المفسدة، أما المصلحة التي عبر عنها بعض الأصوليين[2] بجلب المنفعة أو دفع المضرة ، فتلك مقاصد للخلق تقوم على التقديرات البشرية والمعايير المادية، وليست هي المصلحة المعتبرة في الشرع ، فليس هناك تلازم بين المصلحة في عرف الناس والمصلحة غي عرف الشرع.

- ويرى العز ابن عبد السلام في قواعد الأحكام، أن حقيقة المصالح:" هي اللذات وأسبابها والأفراح وأسبابها[3] ". وهو في تعريفه هذا يجمع في صعيد واحد بين الجوانب المادية في مفهوم المصلحة ، فيعرفها بما يشمل الحسي والمعنوي من المنافع، إذ فرق في

المصالح بين اللذات والأفراح ، وفرّق في المفاسد بين الآلام والهموم ، وذلك للتنبيه على المعنويات من المصالح والمفاسد ...

- وعلى هذا الجانب المعنوي ينبه الشاطبي أيضا في تعريفه للمصلحة الدنيوية بقوله:" وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام

[1]- الغزالي : المستصفى.(286/1).

[2]- ينظر مثلا: ابن قدامة المقدسي: روضة الناظر وجنة المناظر. ت: عبد الكريم النملة، ط/7. مكتبة الرشد ناشرون. الرياض. 2004م. (537/2). – الشوكاني: إرشاد الفحول . ص: (215).

[3]- ابن عبد السلام. قواعد الأحكام ،(11/1).

عيشه ، ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق ،حتى يكون منعما على الإطلاق"[1].

ولتفادي أي تضييق أو التباس في مفهوم المصلحة ، نص الشاطبي على أن المصالح الحقيقة هي التي تؤدي إلى قيام الحياة لا إلى هدمها، وإلى ربح الحياة الأخرى والفوز فيها، فيقول:" المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة ، إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى ، لا من حيث أهواء النفوس في جلب مصالحها العادية أو درء مفاسدها العادية"[2].

أي أن هذه المنافع التي قصدها فقيه المصلحة – الشاطبي- ليست هي التي قصدها فلاسفة الأخلاق من المذهب النفعي الليبرالي الذي يقوم على الموازين أو التقديرات البشرية والتجربة الحسية والمعايير المادية، بل إن مفهوم المنفعة واللذة عند فقهاء المصلحة الشرعية ، ينضبط باعتبار الشارع ، أو بمعنى آخر ينظر إليها من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الأخرى ، فالمعتبر إنما هو الأمر الأعظم ، وهو جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا ، لا من حيث أهواء النفوس.

وهنا يبين الشاطبي الارتباط الوثيق في المفهوم الإسلامي للمصلحة بين بعدي الدنيا والآخرة،إذ أن المصلحة في الدنيا تتحدد بأبعادها المترابطة ، وتنضبط بمطلوب المصلحة في الآخرة ،ولهذا فإن المصالح التي تنفك عن هذا القيد لا تعتبر مصالح حقيقية ، بل هي مصالح متوهمة ، لأنها في حقيقتها بخروجها عن هذا القيد تصير مفاسد.

وهذه المصالح التي تعتبر محور التشريع ، هي المقاصد التي قسمها الشاطبي إلى ثلاث مراتب ، ورتبها ترتيبا تنازليا حسب أهميتها، وهي المصالح الضرورية ثم الحاجية ثم التحسينية، يقول الشاطبي:" فتكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصده في الخلق ، وهذه المقاصد لا تعدوا ثلاثة أقسام : إحداها أن تكون ضرورية ، والثاني : أن تكون حاجية ، والثالث أن تكون تحسينية"[3].

---

[1]- الموافقات: ص:(20/2).
[2]- نفس المصدر: ص:(29/2).
[3]- الموافقات. (07/2).

فالمصلحة التي تحققها الأحكام الشرعية هي المصلحة الحقيقية، وهي التي ترجع إلى المحافظة على هذه المقاصد، وذلك لأن الدنيا التي يعيش فيها الإنسان تقوم على هذه المقاصد ، ولا تتوافر الحياة الإنسانية الرفيعة إلا بها ، ولذلك كان تكريم الإنسان في المحافظة عليها.وهذه المقاصد هي التي قال فيها الشاطبي: "إن وضع الشرائع إنما هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا"[1].

ثالثا: وضع الشرائع لمصالح العباد

هذا وقد استند الإمام الشاطبي في تقرير هذا الأصل – وضع الشرائع لمصالح العباد- إلى دليل قطعي هو الاستقراء حيث يقول:" والمعتمد إنما هو أنا استقرينا من الشريعة أنها وضعت لمصالح العباد .. فإن الله تعالى يقول:(رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةُۢ بَعۡدَ ٱلرُّسُلِۚ)[النساء/ 165].وقال تعالى:(وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ)[الأنبياء/ 107]. وقال:(وَمَا خَلَقۡتُ ٱلۡجِنَّ وَٱلۡإِنسَ إِلَّا لِيَعۡبُدُونِ) [الذاريات/ 56]. ..وأما التعاليل لتفاصيل الأحكام في الكتاب والسنة فأكثر من أن تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء:(مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمۡ وَلِيُتِمَّ نِعۡمَتَهُۥ عَلَيۡكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ).[المائدة /06].

وقال في الصيام:(كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ).[البقرة/183[2]].

فاستقراء النصوص الشرعية يدل على أن الشارع ما قصد بتشريعه الأحكام للناس، إلا حفظ هذه الضروريات والحاجيات والتحسينيات ، وهذه هي مصالحهم، وهكذا تجري أحكام الشريعة على نمط واحد وعلى أساس واحد، هو جلب المصالح ودرء المفاسد، وعلى هذا فكل مصلحة مشروعة تطرأ أو مفسدة تظهر ، فإن الشريعة تبيح إيجاد

[1]- نفس المصدر.(04/2).
[2]- نفس المصدر. (05/2).

الحكم لتحقيق تلك المصلحة ودرء هذه المفسدة[1]، لأن الشريعة كما يقول ابن القيم :" مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة في شيء وإن أدخلت فيها بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين ، ورحمته في خلقه وظله في أرضه"[2].

وإذا دل دليل الاستقراء على هذا ، وكان في مثل هذه القضية مفيدا للعلم ، فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة ، وثبت إذًا أن الشريعة ما وضعت إلا لمصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم ، حتى قال الشاطبي – وقوله حق- :" إذًا ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح وذلك على وجه لا يختل لها به نظام لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء، فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها أو تختل أحكامها، لم يكن التشريع موضوعا لها ، إذ ليس كونها مصالح إذ ذاك بأولى من كونها مفاسد، لكن الشارع قاصد بها أن تكون مصالح على الإطلاق ، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبديًا وكليًا وعامًا ، في جميع التكاليف والمكلفين وجميع الأحوال ، وكذلك وجدنا الأمر فيها والحمد لله"[3].

فتحصل إذن أن مفهوم المصلحة عند الإمام كما يتطابق مع مقاصد الشريعة ، فإنه ينضبط بها كذلك ، بمعنى أن المصلحة إن ناقضت مقاصد الشريعة ، فهي ليست مصلحة على سبيل الحقيقة ، حتى وإن بدا فيها نفع ظاهر ، بل هي مفسدة يجب دفعها ، وما يقع من أمور قد يبدو في ظاهرها ضرر، ولكنها مقصودة ومطلوبة ، فهي في حقيقتها مصلحة أو تؤدي إلى مصلحة مادامت مقصودة للشارع.

والآن:وقد ثبت أن المصالح عند الشاطبي معتبرة في تشريع الأحكام ، وأن الشارع جعل تلك المصالح مدارا للتكليف صونا لمقاصد الشريعة في الخلق ، وإذا تقرر سابقا[4] أن الحقوق عنده وسائل لتحقيق

---

[1]- ينظر: عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية. ط:16. مؤسسة الرسالة . 1420ه/1999م. بيروت لبنان ، ص:(40-43).

[2]- ابن القيم. إعلام الموقعين عن رب العالمين.(11/3).

[3]- الموافقات. (29/2).

[4]- ينظر : ص: (99) وما بعدها من هذه الرسالة.

المصالح التي قصدها الشارع في التشريع.فما أثر هذه المصالح كأساس يضبط استعمال الحقوق؟.

الفرع الثاني: غائية الحق

لما كانت الأحكام في الشريعة عند جمهور الأصوليين والفقهاء معللة بمصالح العباد في الدارين جملة وتفصيلا[1] ، بمعنى أن كل حكم في الشريعة-خلا ما يتعلق بالعبادات والمقادير الشرعية- مما لا يستقل العقل بإدراك علته ، لم يشرع اتفاقا أو عبثا لغير مصالح قصدت به ، أو تحكما لمجرد إخضاع المكلفين لسلطان التكليف ، دون مصلحة عائدة عليهم في دنياهم وأخراهم[2] ، وإنما شرع لحكمة أو مصلحة معينة اقتضت تشريعه ، فكان الحق غائيا بالضرورة أي شرع لغاية أو مصلحة كانت هي الباعث على تشريعه.

وإذا ثبت أن المصالح معتبرة في تشريع الأحكام ، وأن الشارع جعل تلك المصالح مدارا للتكليف صونا لمقاصد الشريعة في الخلق، وهي مصالح اجتماعية واقتصادية وسياسية وخلقية. وأن الحقوق إنما قررت كوسائل لتحقيق تلك المصالح ، تفرع عن هذا الأصل أمران:

الأول :أنه إذا كان قصد الشارع بتشريعه الحقوق تحقيق مقاصدها ، وجب أن يكون قصد المكلف في استعمال الحق موافقا لقصد الله في التشريع ، وإلا كان مناقضا لقصد الشارع ، ومناقضة الشرع باطلة ، فما أدى إليها باطل، لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي، ومفوّت للمصالح التي قررت من أجلها الحقوق ، ومن هنا نشأت نظرية الباعث، أو الدافع[3] الذي يحرك الإرادة ويدفعها إلى العمل لتحقيق أغراض غير مشروعة تحت ستار الحق، وعلى أساسها أبطل الشارع الحيل، أي على أساس أن الشريعة مبنية في أحكامها على مقاصد وغايات ، لا يجوز هدمها عن طريق التحايل على قواعد الشرع ، بتقديم أمر ظاهر الجواز لتحليل محرم أو إسقاط واجب[4]، لأن

---

[1]- وزعم الرازي أن أحكام الله تعالى ليست معللة بعلة البتة ، كما أن أفعاله كذلك. كما خالفت الظاهرية في أن أحكام الشريعة معللة على التفصيل ، وهو الأصل الذي انطلقوا منه في إبطال القياس ، ولكنهم لا ينكرون أن الشريعة في جملتها إنما نزلت لمصالح العباد في الدارين، وقد عقد ابن حزم فصلا خاصا في إبطال القول بالعلل في جميع أحكام الدين. ينظر : الرازي. المحصول .(1164/4). ابن حزم . الإحكام في أصول الأحكام .(546/8). الموافقات:(04/2).

[2]- ينظر: عبد الوهاب خلاف. مصادر التشريع فيما لا نص فيه. ص:(30).

[3] - ينظر: الموافقات:(292/2). إعلام الموقعين عن رب العالمين:(82/3).

[4] - الموفقات:(145/4).

التحايل مناقض لاعتبار المصالح في الأحكام أي مضاد وهادم لمقصد الشارع , والمناقضة باطلة بالإجماع .

كما أن في اتخاذ الحق وسيلة للإضرار بالغير مما يناقض قصد الشارع ، لأن الحقوق شرعت لدرء المفاسد وجلب المصالح، لا لتكون أداة للإضرار بالناس.أي أنها شرعت لتحقيق غاية هي المصلحة التي قصدها الشارع في التشريع.

ويؤكد الشاطبي هذا المعنى فيقول:" لما ثبت أن الأحكام الشرعية شرعت لمصالح العباد ، كانت الأعمال معتبرة بذلك ، لأنه 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 غير مقصودة لأنفسها وإنما قصد بها أمور أخر هي معانيها وهي المصالح التي شرعت من أجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات"[1].

وهو يقرر من خلال هذا : أن الأحكام الشرعية- وهي مناشئ الحقوق- وسائل شرعت لتحقيق معان هي مقاصد الأحكام،وتأسيسا على هذا ، فإن الحقوق ليست مقصودة لأنفسها ، لتكون مصدر سلطات مطلقة يتمتع بها أربابها بقطع النظر عن أهدافها وغاياتها وعن تحري الوسائل اللازمة للإفضاء بها إلى تلك الغايات، أي أن اعتبار الحق غاية في ذاته يبطل أصل القاعدة العامة التي أصل لها الإمام ، **وهي كون المصالح معتبرة في الأحكام.**

الأمر الثاني: أن النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا[2] ،ومن هنا تعيّن النظر في هذا المآل إبّان استعمال الحق .

ومعنى هذا : أن يتجه النظر إلى نتيجة استعمال الحق وثمرته ، درءاً للتعسف في استعماله ،فإن كان استعمال الحقّ يتجه نحو تحقيق المصالح التي هي المقاصد والغايات التي شرعت الحقوق لتحقيقها شرع الحكم بمقدار ما يناسب طلب هذه المقاصد المقررة ، أي على ضوء تلك النتيجة أو المآل يطلبه الشارع أو يمنعه، ومن هنا كان

[1]-الموافقات :(292/2).
[2]- الموفقات:(140/4).

تخصيص النص بالمصلحة وتقييد مطلقه ، واستثناء حكم الواقعة من أصل عام بالنظر إلى المآلات أمر مقصود معتبر شرعا .

وقد تفرع عن هذا الأصل مبدأ الذرائع ومبدأ الاستحسان[1] كما ذكرنا ، وهما من المبادئ التي تؤيد نظرية التعسف ، وتقيد الحق بغايته ، درءاً للتعسف في استعمال الحق .

كل هذا يدل على أن الحقوق وآثارها من الأفعال المشروعة إنما هي وسائل شرعية، جواز استعمالها رهن بتحقيقها للغاية التي شرعت من أجلها[2] ، حتى إذا أفضت مآلا إلى نقيض قصد الشارع ، منع المكلف من التسبب في الفعل ، أي منع من استعمال الحق، درءاً للتعسف فيه. وهذا هو الدور الوقائي الذي تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق.

والخلاصة: أن هذا الأصل- وهو أصل المصالح- يقيد استعمال الحق ، ويجعل شرعية استعماله رهنا باتجاهه إلى تحقيق الغاية من شرعيته، والاتجاه إلى ذلك يعتمد أمرين:

الأول: القصد أو الباعث ، فيتعين أن يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الشارع في التشريع.

الثاني: ألا يكون استعمال الحق مناقضا لقصد الشارع من حيث المآل والثمرة، للأصل الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد. والله أعلم.

المطلب الثاني: أساس الاستخلاف

إن الشريعة الإسلامية بمجموع نصوصها وأحكامها بنيان من المقاصد الشرعية، يرتكز على أعمدة خمسة ، هي الدين والنفس والعقل والمال والنسل ، وهذا البنيان المقاصدي يدور حول مقصد كلي يمثلّ القاعدة لهذا البنيان، وهو يعتبر مقصد المقاصد، ومن الوجه المصلحي فإنه يعتبر الغاية العليا التي تتضافر على تحقيقها أمهات المصالح وركائزها السابقة، هذا المقصد هو مقصد الاستخلاف أي عمارة الأرض ، فما حقيقة هذا المقصد أو هذه المصلحة العليا في الشريعة ؟ثم ما وجه ضبطها لاستعمال الحقوق عند الشاطبي؟

---

[1]- نفس المصدر: (4/143-148).

[2]- ينظر: الدر يني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده.ص:(223).

الفرع الأول:عمارة الأرض الغاية المصلحية العليا في الشريعة:

لقد تبين من النظر المصلحي عند الشاطبي أن الشريعة الإسلامية بمجموع نصوصها وتكاليفها تتغيّا مصالح الناس ، إما بدرء المفاسد عنهم ، أو جلب المصالح لهم، أصل هذا أن الشريعة وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل ، ومن هنا فإن مدار الشريعة على تعطيل المفاسد وتقليلها وتحصيل المصالح وتكميلها...

يقول الشاطبي في هذا الصدد:"إذاً ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية ،وذلك على وجه لا يختل لها به نظام ، لات بحسب الكل ولا بحسب الجزء وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات ، فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها أو تخل أحكامها ، لم يكن التشريع موضوعا لها ..وهذا المعنى إذا ثبت دل على كمال النظام في التشريع ، وكمال النظام فيه يأبى أن ينخرم ما وضع له وهو المصالح"[1].

وهذه النظرة الكلية المجملة لغاية الشريعة في جلب المصالح وتحقيقها ، وفي المقابل درء المفاسد وتعطيلها ، تعبر عن عدد لا ينحصر من مفردات المصالح التي يؤمر بتحصيلها ، ومن مفردات المفاسد التي ينهى عن إتيانها ، وهذا النظام الكلي يؤدي إلى غاية مصلحية عليا من إنزال الشريعة " وهي عمارة الأرض" بحفظ نظام التعايش فيها ، واستمرار صلاحها بصلاح المستخلفين فيها.

فمنطق خطاب الوحي وحكمته يقتضيان أن المصلحة أو الصلاح هو الأصل في الكون، وأن الضرر أو الفساد أمر عارضٌ، وذلك بحكم أن الله خلق الكون مهيأ لقيام الإنسان برسالة الاستخلاف التي تعني العمل والسعي لإعمار الكون ، وليكون الإنسان في مستوى هذه الخلافة في الأرض يسير على منهج الله مفضلا على كثير من المخلوقات بالقوة المفكرة التي هي العقل مصدر العلم والحكمة والتدبير،كرمّه الله وحمله في البر والبحر، ورزقه من الطيبات، قال تعالى :(وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلۡنَٰهُمۡ فِي ٱلۡبَرِّ وَٱلۡبَحۡرِ وَرَزَقۡنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلۡنَٰهُمۡ عَلَىٰ كَثِيرٖ مِّمَّنۡ خَلَقۡنَا

[1] -الموافقات:(2/28-29).

تَفْضِيلاً) [الإسراء /70].وذلك ليكون الإنسان جديرا بالخلافة في الأرض لعمارتها[1].

ولتحقيق هذه العمارة في الأرض وكّل إليه ثلاثة أمور:

أولا: الخلافة في الأرض التي جعلها الله للإنسان لينظر كيف يتصرف فيها ، وليختبره فيما آتاه من مسخّرات ، يدل على ذلك قوله تعالى: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً) [البقرة/30].

واستخلاف الله للإنسان في الأرض لا تعني فقط الاستخلاف بمفهومه العام ، وإنما تعني كذلك مسؤولية كل فرد من أفراد المجتمع عن رعاية الجماعة وحمايتها في شؤون العامة ، ذلك أن ترقية الجماعة

هو فقه مشتق من عقيدة الخلافة ، وإذا ما تحقق ذلك الفقه كان كفيلا بأن يفضي بالأمة إلى إنجاز مهمتها في الاستخلاف[2] ، وهي :

ثانيا: عمارة الأرض التي أراد من خليفته فيها عمارتها بما ينفع الناس ، وعمارة الأرض لا تكون إلا بإصلاحها ونفي الفساد عنها بالتعمير وإقامة العدل بين الخلق[3]، يدل على ذلك قوله تعالى:(هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ وَٱسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا) [هود/61].

ثالثا: عبادة الله التي تتجلى في كل عمل للمستخلف في الأرض أراد به وجه الله ، لقوله تعالى: (وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ) [الذاريات/ 56].

هذا ويرى الإمام ابن عاشور أن استقراء موارد الشريعة الإسلامية الدالة على مقاصدها من التشريع فيها هو حفظ نظام الأمة ، واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان، ويشمل صلاحه صلاح عقله وصلاح عمله وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه[4]، وبناء عليه فإن هذه العناصر المستهدفة بالصلاح والحفاظ على استدامة هذا الصلاح بدرء الفساد الذي يعرض لها هي:

---

[1]- نفس المصدر: (252/2).

[2]- ينظر: عبد المجيد النجار، الاستخلاف في فقه التحضر الإسلامي . مجلة التجديد. الجامعة الإسلامية ماليزيا. العدد: 1. ت: 1417ه/1997م. ص:(103).

[3]- عبد المجيد النجار . المقال السابق. ص:(103).

[4]- ابن عاشور:مقاصد الشريعة الإسلامية.ص:(63).

أولا: الإنسان المستخلف في هذا الكون بصلاح عقله وصلاح عمله.
ثانيا: موجودات هذا العالم التي بين يدي هذا المستخلَف من موارد الطبيعة وغيرها.
ثالثا: نظام الأمة أو نظام التعايش ، وهو ما يعني النواميس والنظم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية .
وصلاح هذه العناصر يؤدي في النهاية إلى تحقيق غاية استخلاف الإنسان في الأرض ، وهي الغاية المصلحية العليا من إنزال الوحي ، ألا وهي عمارة الأرض التي حددها القرآن الكريم في قوله تعالى:(هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ وَٱسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا). أي طلب منكم عمارة الأرض بتحصيل منافع موجوداتها واستيفاء هذه المنافع ، وهذا يتحقق عن طريق حفظ ورعاية أسس وأمهات المصالح الخمس ، وذلك بإقامة أركانها وتثبيت وجودها في الواقع ثم تحصيل نفعها واستبقائه بالمحافظة عليها من أن يلحقها ضرر أو فساد[1].
وبهذا يتبين أن حفظ مقاصد الشريعة المتمثلة في أصول المصالح ينتهي إلى تحقيق المقصد المحوري والغاية المصلحية العليا ، وهي عمارة الأرض ، وبعمارة الأرض على هذا النحو تتحقق الغاية النهائية من خلق الإنسان واستخلافه في الأرض.

الفرع الثاني: الخلافة تقتضي تقييد استعمال الحقوق:

وإذا تقرر أن عمارة الأرض هو المقصود من استخلاف الإنسان فيها، فإن هذه العمارة لا تتم وفق مقصود الشارع المستخلِف إلا بإقامة مصالح الناس في الأرض ، وذلك بجلب مصالحهم ودرء المفاسد عنهم ، وأغلب مراتب هذه المقاصد كما يقول الغزالي هو حفظ مقصود الشارع في خلقه[2] .
فالخلافة إذن تقتضي تطبيق منهج المستخلِف على المستخلَف فيه في الأرض، ومنهج الله في الأرض عمارتها بإصلاح أحوال أهلها بجلب المصالح لهم ودرء المفاسد عنهم، ولذلك وضع المستخلِف منهجا لخليفته في الأرض يتجلى في إتباع أوامر المستخلف واجتناب نواهيه، وذلك بالمحافظة على مقصوده في خلقه وهو حفظ الدين والنفس والعقل

[1]- ينظر : ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية.ص:(64).
[2]- الغزالي. المستصفى. (286/1).

والنسل والمال، وعمارة الأرض لا تتحقق إلا بالمحافظة على هذه الأمور الضرورية، والمحافظة على ما يحفظها، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة[1] .

يقول الشاطبي في هذا الصدد:" مر أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها ، والحاجيات والتحسينات، وهو عين ما كلّف به العبد، فلا بد أن يكون مطلوبا بالقصد إلى ذلك ،وإلا لم يكن عاملا على المحافظة، لأن الأعمال بالنيّات"[2].

ويبين الشاطبي حقيقة كونه عاملا على المحافظة فيقول:" وحقيقة ذلك أن يكون خليفة في إقامة هذه المصالح"[3].

يعلق الشيخ درّاز – مبينا هذه الحقيقة -:" أي حقيقة كون العبد مكلفا بالمحافظة على الضروريات وما يرجع إليها ، أن يكون خليفة الله في إقامتها بمباشرته الأسباب الظاهرة التي رسمها الله تعالى في الشرائع ، وأودع في العقول إدراكها"[4].

فالخلافة الإنسانية في الأرض تقتضي تقييد اسم تعمال الحقوق بالأحكام والحدود التي رسمها المستخلِف ، وهو الله سبحانه وتعالى، وأودع في عقول المستخلفين إدراكها، ولذا كانت الالتزامات الإيجابية والسلبية في الحقوق والأموال من مقتضيات هذه الخلافة، فهي عامل من عوامل درء التعسف في استعمال الحق، كما أنه التصور الكامل للمجتمع الذي حددت ملامحه الشريعة، وهو مجتمع إنساني أخلاقي فاضل ، عناصره التكوينية كل فرد تقي نقي. وهدفه المشترك سعادة ونعيم الآخرة.

وهذا يبدو ارتباط هذه الخلافة بالمسؤولية الفردية ، فالتزام الفرد بتوجيه قصده في العمل إلى موافقة قصد الله في التشريع منبثق على أساس خلافته في الأرض.وقد أتى الشاطبي بأدلة وآثار تبين أن هذا الحكم- وهو قيام المستخلَف مقام من استخلفه في تقييد الحقوق بالأحكام والحدود التي رسمها المستخلِف- حكم كليٌّ غير مختص[5]. ففي

---

[1]- ينظر : الموافقات.(07/2).
[2] - نفس المصدر:(251/2).
[3]- نفس المصدر:(252/2).
[4] - المصدر نفسه. (253/2).
[5]- الموافقات:(252/2).

القرآن الكريم: قوله تعالى:(ءَامِنُواْ بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم مُّسْتَخْلَفِينَ فِيهِ) [الحديد/7]. وإليه يرجع قوله تعالى: (إِنِّي جَاعِلٌ فِي ٱلْأَرْضِ خَلِيفَةً) [البقرة/30]. وقوله تعالى: (وَيَسْتَخْلِفَكُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَيَنظُرَ كَيْفَ تَعْمَلُونَ) [الأعراف/129] ..والخلافة عامة وخاصة حسبما فسرها الحديث ،حيث قال صلى الله عليه وسلم : «والرَّجُلُ رَاعٍ عَلَى أَهْلِهِ وَبَيتِهِ وهُوَ مَسؤُولٌ عَنهُم، والمرأةُ رَاعِيَةٌ عَلَى بَيتِ بَعْلِهَا وَوَلَدِهِ وهِيَ مسْؤُولَة عَنهُم،...ألَا فَكُلّكُم رَاعٍ وَكلّكُم مَسؤُولٌ عَنْ رَعيّتِهِ»[1].

وإذا كان الحكم كلي غير مختص ، فلا يتخلف عنه فرد من أفراد الولاية عامة كانت أو خاصة، وإذا كان كذلك ، فالمطلوب من المستخلَف- وهو المستعمل لحقه- أن يكون قائما مقام من استخلفه يجري أحكامه ومقاصده مجاريها ، كل هذا درءا للتعسف في استعمال الحقوق . والله أعلم.

المطلب الثالث:أساس التكافل الاجتماعي:

والتكافل معناه أن يقوم كل فرد وكل مجموعة في المجتمع مقام الكفيل لكل الأفراد وكل المجموعات الأخر، وهو بهذا المعنى الذي نقصده في هذا المقام ، وصف لعلاقة اجتماعية يكون فيها الفرد والمجموعة رعاة للآخرين من الأفراد والمجموعات في
اتجاه متبادل، رعاية تهدف إلى تمكين ذوي القصور والعجز والحاجات من الارتقاء إلى حال القدرة على أداء مهامهم ، والوفاء بغاية حياتهم[2] .

هذا ويبدو مظهر هذا التكافل الاجتماعي كأساس استند إليه الشاطبي لدرء التعسف في استعمال الحقوق في قاعدتين اثنتين هما قاعدة التعاون ، وقاعدة الإيثار..

الفرع الأول:قاعدة التعاون

يبدو مظهر التعاون الاجتماعي، كأساس استند إليه الشاطبي لدرء التعسف في استعمال الحقوق ، في القواعد الفقهية التي تنسق بين المصالح الفردية المتعارضة ، أو

---

[1]- الحديث أخرجه من رواية ابن عمر:البخاري:كتاب الجمعة.باب الجمعة في القرى والمدن.رقم:(893).(267/1). .مسلم:كتاب الإمارة.باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم.رقم:(1829).(1159/3).واللفظ له.

[2]- ينظر: عبد المجيد النجار. الاستخلاف في فقه التحضر الإسلامي. ص:(104).

بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة، ومن ذالك قاعدة " الضرر يدفع بقدر الإمكان " وقاعدة " اعتبار الضرر العام أولى" ، وقاعدة " تقديم العموم على الخصوص "[1].

فدفع الضرر قبل الوقوع أو إزالته بعد الوقوع، قد لا يتأتى إلا بحدوث ضرر آخر .فيتعارض دفع الضرر أو إزالته والضرر الناشيء منهما ،لذا وضع الشاطبى أحكاما لذلك واستنبط لكل حالة قاعدة تحكم استعمال الحقوق وأتى بتفريعات شتى قد سبق تقريرها[2] .

فإذا كان عاما فقد وضع القاعدة الأساسية :**"اعتبار الضرر العام أولى"**[3] .

وبيان ذلك أن استعمال الحق المأذون فيه شرعا للفرد لجلب مصلحة أو درء مفسدة –لايطلق القول فيه بالمشروعية[4] – فقد ينشأ عن هذا الاستعمال المشروع في الأصل ،ضرر عام، يلحق المسلمين عامة أو قطرا من أقطا رها أو أهل بلد أو جماعة عظيمة من أهل البلد، ويغلب على الظن وقوعه ، وعندئذ يمنع الشخص من استعمال حقه ، وان لحق به ضرر ، لأنه ينجبر بالتعويض العادل إن كان له وجه. وذلك لما يؤول إليه من إخلال بمبدأ لتعاون أو المصلحة العامة.

ومن المقررات الشرعية أن **:" الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام"** وضابط هذا الموازنة بين المصلحة التي شرع الحق من أجلها ، وبين ما يلزم عنها من مفسدة مساوية أو راجحة ، فإذا لزم عنها ذلك ، أصبح استعمال الحق غير مشروع ، لمناقضة قصد الشارع ولو كان في الأصل مشروعا.

ووجه المناقضة : أن الشارع الحكيم لم يأذن في الحقوق لتكون وسائل[5] لتحقيق مفاسد مساوية للمصالح التي شرعت من أجلها ، أو راجحة عليها . لما في ذلك من

التناقض مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد، ومن أن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة.

---

[1] - ينظر: الموافقات:(265/2).

[2]- ينظر:ص:(220) وما بعدها من هذه الرسالة.

[3] - الموافقات : (266/2).

[4] - نفس المصدر :(140/4).

[5] - الموافقات: (192/3).

وأيضا فإن المنطق الأصولي قاض بأن التشريع كلٌّ متسق لا تتناقض أجزاؤه مع الأصل العام،ولذا وجب التنسيق بين الأحكام الجزئية وقواعد التشريع العامة،وهو ما تضطلع به نظرية التعسف في استعمال الحق،إذ تقضي النظرية في هذا الصدد بأن الحق المشروع في ذاته لا يبقى على أصل المشروعية إذا تناقض مع مبدأ التعاون[1] -كما يسميه الإمام الشاطبي- أو المصلحة العامة.

ولذا قيد الاستعمال الفردي سواء أكان بمقتضى حق أو إباحة بمنع الإخلال بمبدأ التعاون أو بالمصلحة العامة درءا لمناقضة الشارع .

وعلى هذا ، فالأصل الذي يدور عليه بقاء المشروعية في استعمال الحق -درءا لمناقضة قصد الشارع - ألا يناقض روح الشريعة وقواعدها العامة وأصلها العام.

وهذا القيد الذي يلقي به مبدأ التعاون على الاستعمال المشروع في ذاته، يجعل للحق معنى اجتماعيا كما يجعل الفرد مرتبطا بجماعته برباط التعاون في دائرة البر والخير المشترك، وهذا المعنى الاجتماعي للحق أو للإباحة في الشريعة الإسلامية هو مقتضى مبدأ التضامن الاجتماعي ، ولذا قيدت حرية التجارة -كتلقي السلع وبيع الحاضر للبادي - بما ينفي الضرر عن أهل البلد ، فالانتفاع في الأصل مأذون فيه لأنه يتعلق بمصلحة فردية هي إرفاق الشخص لعياله ، وكسب الرزق بما يدفع عنهم الحاجة والعسرة، أو يقيم أوَدَ حياتهم، فالمصلحة حاجية وقد تبلغ حد الضرورة، ولكن مع

هذا لا يطلق القول بالمشروعية بالنظر إلى ما يؤول إليه انتفاعه من مآل ممنوع. وهو الإخلال بمبدأ التعاون[2]، كما يقول الإمام الشاطبي.

ويؤكد الإمام الشاطبي هذا المعنى بقوله:" كالمنع من تلقي الركبان ، فإن منعه في الأصل ممنوع ، إذ هو من باب منع الارتفاق ، وأصله ضروري أو حاجي لأجل أهل السوق ، ومنع الحاضر للبادي، لأنه في الأصل منع من النصيحة ، إلا أنه إرفاق لأهل الحضر. وتضمين الصناع قد يكون من هذا القبيل ، وله نظائر كثيرة، فإن جهة التعاون هنا أقوى . وقد أشار الصحابة إلى الصديق - إذ قدموه خليفة - بترك

---

[1]- المصدر نفسه:(192/3). وينظر أيضا: الدريني. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده. ص:(232).

[2] - ينظر : درّاز. الموافقات. هامش.(193/3).

التجارة ، والقيام بالتحرّف على العيال ، لأجل ما هو أعم في التعاون ، وهو القيام بمصالح المسلمين، وعوضه من ذلك في بيت المال"[1].

يقول الشيخ دراز في تعليقه شارحا قول الإمام هذا، في بيان الأصل الذي يقوم عليه منع تلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي :" وإهمال هذا الكسب وتركه - أي تلقي السلع - منهي عنه ولكنه يؤدي إلى مصلحة عامة ،حيث يشترون من السوق حاجاتهم بدون تعنت الوسيط الذي يرفع الأثمان ، فهو منهي عنه يؤدي إلى مطلوب ، هو إرفاق العامة ، فقدمت المصلحة العامة .. ومثله بيع الحاضر للبادي : هو من الضروري أو الحاجّي ، وهو نصح مطلوب وتركه منهي عنه ، لكن هذا الترك فيه

تعاون ورفق بأهل الحضر ، لأن البدوي يبيع لهم حسب ما يفهم هو في الأسعار، ولكن الحاضر إذا باع له ، يقف على الأسعار الجارية في الحضر ، وفيه تضييق عليهم،

فألغي النهي عن ترك النصح ، وروعي المطلوب وهو التعاون ، رفقا بالحضر وتقديما للمصلحة العامة"[2].

ويقول الشيخ أيضا:" هذا ، وباب الحكم على الخاصة لأجل العامة واسع ومنه نزع الملكية الخاصة للمنافع العامة، ومنه تشريح جثث الأموات لفائدة طب الأحياء إلى غير ذالك"[3].

وإذا جاز نزع الملكية الخاصة من أجل توسيع مسجد أو طرق عامة ، فلأن تنزع مصلحة أكبر أثرا في حياة الجماعة من الناحية الاقتصادية من باب أولى، فقواعد الشريعة لا تأبى ذلك ، ما دامت تعتمد في الحل والحرمة، وبالتالي في الإذن والمنع، على ضابط الموازنة بين النتائج .

ويقاس على ذلك توسيع مجرى نهر،أو إنشاء جدول أو مصرف عام، أو إنشاء مستشفى، أو توسيعه أو ما أشبه ذلك مما له صلة بالمصلحة العامة،إذا تعين النزع طريقا إلى ذلك، وهذا من باب"ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ". وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه

[1] - المصدر نفسه: (193/3).
[2] - دراز : الموافقات. هامش.(193/3).
[3] - دراز : الموافقات.(193/3).

وسلم حمى أرض النقيع[1] لخيل المسلمين المرصودة للجهاد ، وقال صلى الله عليه وسلم: « لاَ حِمَى إلاَّ للهِ ولرَسُولِهِ»[2].

ويقول أبو عبيد الله[3] في كتابه الأموال:" للإمام أن يحمي ما كانت لله مثل حمى النبي

صلى الله عليه وسلم ، وكذلك حمى عمر رضي الله عنه أرضا بالرّبذة[4] .وهذا كله من باب قضاء المصلحة العامة على الخاصة"[5].

وكلما اشتدت حاجة المصلحة العامة واتسعت كان الغرض آكد والمقدار أكبر ,بحيث يدفع تلك الحاجة إذا عجز بيت المال عن الوفاء بها لتقوية الجيش أو لدفع ما

نزل بالبلاد من خطر داهم أو كوارث عامة من زلازل أو فيضان أو مجاعة، وفي هذا يقول الشاطبي في كتابه الاعتصام:" إنا إذا قررنا إماما مطاعا مفتقرا إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الأقطار وخلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند إلى

ما يكفيهم فالإمام إذا كان عدلا أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال إلى أن يظهر مال بيت المال ثم إليه النظر في توظيف ذلك على الغلاّت والثمرات وغير ذلك ...وإنما لم ينقل مثل هذا عن الأولين لاتساع بيت المال في زمانهم بخلاف زماننا فإنه لو لم يفعل الإمام ذلك النظام بطلت شوكة الإسلام وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار"[6].

---

[1]- النقيع: من أودية الحجاز ، وحمى النقيع على عشرين فرسخا من المدينة، وفي كتاب نصر : النقيع موضع قرب المدينة كان رسول الله حماه لخيله، وبين المدينة والنقيع عشرون فرسخا. ينظر : ياقوت الحموي: معجم البلدان .(400/8) .

[2]- الحديث رواه عن الصعب بن جثّامة: البخاري.كتاب المساقاة .باب لا حمى إلا لله ولرسوله صلى الله عليه وسلم.رقم:(2370).(111/3).

[3]- أبو عبيد الله : القاسم بن سلام الأزدي الخزاعي.من كبار العلماء بالحديث والأدب والفقه،من أهل هراة ولد وتعلم بها.ورحل إلى بغداد،فولي بها القضاء ثماني عشرة سنة.ورحل إلى مصر فسمع الناس من كتبه.توفي بمكة سنة:224ه.من كتبه:الغريب المصنف.الأموال،أدب القاضي وغيرها.ابن خلكان:وفيات الأعيان:(60/4).الزركلي:(الأعلام/176).

[4]- الرّبذة:من قرى المدينة على ثلاثة أميال من ذات عرق على طريق الحجاز ، وبهذا الموضع قبر أبي ذر الغفاري رضي الله عنه. ينظر: الحموي: معجم البلدان .(388/4).

[5]- أبو عبيد القاسم بن سلام. كتاب الأموال. ط:1. دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان. ت:1988م.ص:(299).

[6] - الشاطبي .الاعتصام:(85/2).

وهنا يؤصل الشاطبي القاعدة التي تحكم تدخل رئيس الدولة العادل في شؤون الأفراد رعاية للمصلحة العامة فيقول:" فإذا عورض هذا الضرر العظيم بالضرر اللاحق
لهم بأخذ البعض من أموالهم فلا يتمارى في ترجيح الثاني على الأول ،وهو مما يعلم من مقصود الشرع قبل النظر في الشواهد "[1] .
وهذه هي قاعدة " يختار أهون الشرين" أو قاعدة"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف " ,أو قاعدة " يحتمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام".

وخلاصة هذه القاعدة أن درء التعسف في استعمال الحق مبناه القاعدة العامة التي تعتبر من مقتضيات التكافل الاجتماعي في الفقه الإسلامي ،وهي قاعدة:**" التعاون على البّر والتقوى"** والتي من أجلها قد يسلب الفرد حقه في كسب الرزق؛ مع أن مصلحته فيه قد تكون حاجية أو ضرورية كما يقول الشاطبي، فألغي النهي وروعي جانب التعاون أو التضامن[2]، كما ورد في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي.

وهكذا بدا أنّ مبدأ التعاون أو التضامن يدرأ التعسف في استعمال الحق، فيمنع الشخص من الاستعمال المشروع في الأصل- بمقتضى حق أو إباحة- إذا أخل بمبدأ التعاون الاجتماعي من حيث المآل ،رعياً للمصلحة العامة التي شهدت النصوص باعتبارها وتقديمها على مصلحة الخصوص.

الفرع الثاني: قاعدة الإيثار

لقد أفاض الشاطبي القول وفصّل في مسألة حقوق الله وحقوق العباد، لينتهي به المطاف إلى تقرير أصل عام يحكم به استعمال الحقوق ، وهو أن الحق: **حقّ الله كسبا وانتفاعا**، أي أنّ مرد حقوق العباد كلّها إلى حق الله، لأنه هو الذي أثبتها لهم ، وهو الذي منعهم بها، وعلى هذا فالاستبداد المطلق في استعمال الحق الذي تعلقت به حظوظ النفس لا يعرفه الإسلام، وإنما يحث على الاشتراك والتسوية ،بل يعرف درجة

[1] - المصدر نفسه:(85/2).
[2] - الموافقات:(192/2).

أسمى هي درجة **الإيثار على النفس** التي يحمل الفرد عليها الإيمان المطلق بالله تعالى وهي أرقى ما يمكن أن يُتصوّر في الاجتماعي للحق[1].

والإيثار فيما عرّفه به الشاطبي هو:" هو أن يترك حظه لحظ لغيره، اعتمادا على صحة اليقين، وإصابة لعين التوكل، وتحملا للمشقة في عون الأخ في الله على المحبة من أجله، وهو من محامد الأخلاق وزكيّات الأعمال"[2].

ويلاحظ أن المقصود بالغير في تعريفه ، أيّ شخص سواه، وذلك بأن يفضله على نفسه فيما يريد أن يمتع نفسه به، أمّا أن يترك حظ نفسه رعاية لمبدأ ديني ، أوحماية
لحق مشروع ، كمن يقتحم الموت جهادا في سبيل الله ، فليس هذا داخلا في الإيثار المراد هنا ، وإنما هو مندرج أصالة في قانون سُلّم الأولويات المتعلق بالمصالح الخمس،
وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، فالإيثار- على تعريف الإمام- إنما يكون

بتفضل من المؤثِر على غيره في إسقاط حظه الذي منّعه الله به، والعود به عليه[3] .

مثال ذلك: أن يؤثر الإنسان صاحبه بعضو من أعضائه عند حاجة هذا الثاني إليه، دون أن يجر ذلك إلى ضرر ، من موت أو عطب مؤكد أو مظنون، كأن يتبرع بإحدى كليتيه أو بشيء من دمه بعد تقرير طبيب عادل،ومثاله أيضا أن يؤثر الإنسان صاحبه مما يملك من مال أو طعام أو أثاث ، أو أن يؤثره بما يتمتع به من راحة الجسد وسكينة النفس كسهره على المريض واقتحامه الشدائد والصعوبات بدلا عن أخيه، فكل ذلك مشروع مثاب عليه،وفي حق هذا القسم يقول الله عز

---

[1]- ينظر:ص: (107).من هذه الرسالة.

[2]- الموافقات: (269/2).

[3]- ينظر: البوطي: محمد سعيد رمضان، مشروعية الإيثار في الشريعة الإسلامية وضوابطه عند الشاطبي. مجلة الموافقات. ع:1.ت:1412ه/1992م.المعهد الوطني العالي لأصول الدين. الخروبة. الجزائر.ص:(154).

وجلّ:(وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ) [الحشر/09]. وفي حقهم يقول عز وجلّ:

(وَيُطْعِمُونَ ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا ۝ إِنَّمَا نُطْعِمُكُمْ لِوَجْهِ ٱللَّهِ لَا نُرِيدُ مِنكُمْ جَزَآءً وَلَا شُكُورًا) الإنسان/08-09].

ويقول الشاطبي في حق هذا الإيثار المشروع:"وهو أعرق في إسقاط الحظوظ ، وذلك أن يترك حظه لحظ غيره ، اعتمادا على صحة اليقين ، وإصابة لعين التوكل، وتحمّلا للمشقة في عون الأخ في الله على المحبة من أجله، وهو من محامد الأخلاق
وزكيات الأعمال، وهو ثابت من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ،ومن خُلِقه المرضي"[1].

فقد كان عليه الصلاة السلام في هذا المعنى الإمام الأعظم، وفي الشفقة الأب الأكبر، وقد قالت له خديجة – رضي الله عنها- :« إنكّ لَتَصِلُ الرَّحِمَ،وَتَحْمِلُ الكَلَ،وتكْسِبُ الْمَعْدُوم ،وَتقْرِي الضَيفَ، وَتُعِينُ عَلَىَ نَوائِبِ الحَقِّ»[2].وهكذا كان الصحابة رضي الله عنهم[3].

وإذا ثبت هذا الأصل وقامت عليه الأدلة، فإن جعله أساسا يضبط استعمال الحقوق ، ويدرأ التعسف فيها ، هو أمر ثابت قطعا، لذلك نجد الشاطبي عند تفصيله لحالات استعمال الحق كالحالة الثالثة- وهي حالة ما إذا لحق المستعمل لحقه بمنعه منه ضرر وإذا حازه استضر غيره بعدمه-، يُحكّم هذه القاعدة.

يقول الشاطبي في هذه الحالة:" الموضع في الجملة يحتمل نظرين: نظر من جهة إثبات الحظوظ ، ونظر من جهة إسقاطها، فإذا اعتبرنا الحظوظ فإن حق الجالب أو الدافع ، مقدم...وإذا لم نعتبرها- أي الحظوظ- فيتصور هنا وجهان:أحدهما: إسقاط الاستبداد
والدخول في المواساة على السواء، والوجه الثاني: الإيثار على النفس وهو أعرق في إسقاط الحظوظ"[4].

---

[1]- الموافقات.(269/2).

[2]- الحديث أخرجه من رواية عائشة:البخاري:كتاب بدء الوحي.باب(3).رقم:(3).(04/1).واللفظ له.مسلم:كتاب الإيمان.باب بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.رقم:(252).(126/1).

[3]- ينظر : الموافقات.(270/2).

[4]- الموافقات: (270/2).

أي أن النظر الثاني: وهو النظر المبني على إسقاط الحظوظ، بإسقاط الاستبداد والدخول في المواساة من جهة، وبالإيثار على النفس من جهة ثانية ، يقضي بتقديم حق الغير على حق المستعمل له، وإن استضر هو بذلك، درءا للتعسف لما يترتب على استعمال الحق من ضرر بالغير أشد مما يلحق صاحب الحق، وإن كان هو السابق له.

وهو بهذا النظر ينفي بصراحة أن يكون الحق الفردي في الإسلام سلطة مطلقة أو استبداد مطلقا، وبذلك ينفي معنى الفردية ، وثبت المعنى الاجتماعي للحق في أرقى صوره وأسمى معانيه.

وفي هذا النظر أيضا، إشارة إلى الدعامة الخلقية التي يقوم عليها التشريع الإسلامي، وأنه يستحبّ في هذا الوجه التسوية والاشتراك ، وهو كما يقول:" نظر من يعد المسلمين كلهم شيئا واحدا"[1].

ولكن الشاطبي يشترط لمشروعية الإيثار كقاعدة تقيد الحق ، وتدرأ التعسف فيه، ألا يخل بمقصد شرعي، فإذا أخل بمقصد شرعي بأن ضيّع مقصودا من مقاصد الشرع في المحافظة على نفسه أو دينه أو عقله أو عرضه، فلا يُعدّ ذلك إسقاطا للحظ ولا هو محمود شرع.

يقول الشاطبي في هذا الصدد:" وتحصّل أن الإيثار هنا مبني على إسقاط الحظوظ العاجلة،فتحمّل الضرر أو المضرّة اللاحقة بسبب ذلك لا عتب فيه، إذا لم يخل بمقصد

شرعي ، فإن أخلّ بمقصد شرعي فلا يعد ذلك إسقاطا للحظ ولا هو محمود شرعا، أما أنه ليس بمحمود شرعا، فلأن إسقاط الحظوظ إمّا لمجرد أمر الآمر ،وإمّا لأمر آخر أو لغير شيء، فكونه لغير شيء عبث لا يقع من العقلاء ، وكونه لأمر الآمر يضاهي

كونه مخلا بمقصد شرعي، لأن الإخلال بذلك ليس بأمر الآمر، وإذا لم يكن كذلك فهو مخالف له، ومخالفة أمر الآمر ضدّ الموافقة له، فثبت أنه لأمر ثالث وهو الحظ"[2].

ومعنى هذا الكلام أن الإيثار يدخل في عموم الإخلال بمقصد شرعي ، إذا كان المؤثر عونا بذلك لصاحبه على ارتكاب محرم ، أو إذا كان حمله على الإيثار سمعة أو

[1]- الموافقات:(271/2).
[2]- نفس المصدر.(271/2).

رياءً أو تفاخرا، إذ الإيثار يتحوّل بذلك إلى عبث أو إضاعة مال أو إلى ما هو في حكمه دون أي طائل يعتد به شرعا ، وذلك محرم[1] .

وحاصل المسألة: أن الإيثار عند الشاطبي كقاعدة تدرأ التعسف، وتقرب إلى الله تعالى بتسخير الذّات لرعاية الغير مقصودة محمودة شرعا، ولكن لا بد من خضوعها لسلّم الأولويات في الشريعة الإسلامية ، ليتحصّل من مراعاة هذا السلم أن كل ما ثبت للإنسان حقّ التصرف فيه، كان له حق الإيثار فيه، على ألا يخل هذا الإيثار بمقصد شرعي ولا يناقض مقصدا شرعيا، فللّه درّ الإمام الشاطبي الذي جمع فأوعى قانون هذا المبدأ أو قانون هذه المسألة.

وخلاصة القول في هذا المبحث:وبعد هذا العرض لأهم الأسس والضوابط التي اعتمدها الشاطبي لدرء التعسف في استعمال الحق، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولا: إن الحقوق ويلحق بها الحريات العامة من الأفعال المشروعة، إنما هي وسائل شرعية، جواز استعمالها رهن بتحقيقها للغاية التي شرعت من أجلها ، وهي المصلحة التي قصدها الشارع ، حتى إذا أفضت – قصدا أو مآلا- إلى مناقضة قصد الشارع منع من استعمالها درءا للتعسف فيها، أصل هذا أن المصالح معتبرة في الأحكام.

ثانيا: إن الخلافة الإنسانية في الأرض تقتضي درء التعسف في استعمال الحقوق بتقييد استعمالها وفق المنهج الذي رسمه المستخلِف للمستخلَف ، أي وفق مقصود الشارع المستخلِف رعاية لمصالح الناس في الأرض ، وذلك بجلب مصالحهم ودرء المفاسد عنهم.

ثالثا: بدا مظهر التضامن الاجتماعي كأساس استند إليه الشاطبي لدرء التعسف في استعمال الحقوق في قاعدتين اثنتين ،الأولى قاعدة التعاون التي تقضي بدرء التعسف في استعمال الحق الفردي بل حتى سلبه أحيانا رعيا للأصل العام الذي يعتبر من مقتضيات التضامن الاجتماعي " وهو التعاون على البر والتقوى". والثانية: قاعدة الإيثار: التي استند إليها الشاطبي كضابط يحكم استعمال الحقوق، ويدرأ التعسف فيها ، بشرط ألا يُخل بمقصد شرعي ، فإذا أخل بمقصد شرعي فليس بمقصود شرعا. والله أعلم.

---

[1]- ينظر: البوطي. المقال السابق. ص:(156).

خلاصة الفصل :

بعد هذا العرض الموجز للجوانب الأساسية لنظرية التعسف عند الشاطبي نخلص إلى هذه النتائج :

أولا : كيف الشاطبي التعسف في بعض صوره بأنه تعد بطريق التسبب ،غير إن نظرية التعدي مع توسعها وشمولها لبعض صوره إلا أننا وجدناها قاصرة عن استيعاب جميع الحالات، ومن هنا استند إلى قاعدة سد الذرائع التي تعتمد النظر الموضوعي، ليبرز بذلك استقلال نظرية التعسف عن نظرية التعدي في الفقه الإسلامي .

ثانيا : أقام الشاطبي بطلان التحايل على جملة من الأصول الكلية والقواعد القطعية مبرزا بذلك التحايل كأرقى مظهر من مظاهر التعسف حتى صار التعسف عنده بمعناه الخاص يراد به التحايل لأنه في الحقيقة استعمال للحق في غير ما شرع له وهذا هو صميم التعسف .

ثالثا: إن التعسف من خلال الحالات التي فصّلها الشاطبي يتخذ عدّة صور منها: تمحض قصد الإضرار بأن لم يكن لصاحب الحق قصد سوى الإضرار ،كما أنه قد يتخذ صورة الموازنة بين النفع والضرر أو الموازنة بين المصالح. ففي الصورة الأولى يمنع صاحب الحق من استعمال حقه إذا رجحت كفة الضرر، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وفي الثانية يمنع من استعمال الحق إذا ترتب عنه ضرر مساو أو أشد بالمصلحة العامة تقديما للمصلحة العامة على الخاصة.

رابعا: إن الشاطبي ودرءا منه للتعسف في استعمال الحقوق استند إلى مجموعة أسس وضوابط كالمصالح والاستخلاف والتكافل لتقييد الحق وعدم التعسف فيه وقد بلغت هذه الضوابط من الدقة والوضوح بحيث تعكس لنا القيمة المحورية التي يدور عليها التشريع الإسلامي وأصوله عند الشاطبي.

الخاتمة

إن طبيعة البحث العلمي تقضي بأن كل ما يخوض فيه الباحث يدعو إلى مزيد من البحث والدراسة ،و التحرير والتقرير...وحسب الخاتمة أن تنبّه على بعض كبريات القضايا التي أنتجها البحث من جهة ، ومن جهة ثانية الإشارة إلى بعض التوصيات التي يفرضها المقام هنا..

أما النتائج التي يمكن استخلاصها من خلال هذه الدراسة فهي:

أولا: إنّ من أرقى مظاهر التجديد الأصولي المقاصدي الفقهي عند الإمام الشاطبي هو ما حوته نادرته الموافقات من النظريات الفقهية ومنها نظرية التعسف في استعمال الحق- موضوع البحث -، هذه النظرية التي أبدع الإمام في تقريرها،فتعدّى بسطها واستقصى تفاريعها، واستثمر مواردها.جاعلا أصل النظر فيها مبني على كليات قطعية تشهد لها عموم النصوص بالاعتبار ...

فأصل الباعث في التصرفات أصل قامت عليه الأدلة من العقل والنقل تصرّح أن المقاصد معتبرة في التصرفات ،وأن المطلوب من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع ،وإلا فقد ناقض الشارع،ومناقضة الشارع عين التعسف..

وأصل النظر في المآلات مقصود معتبر شرعا،ومن هنا كانت الحقوق محكومة بنتائجها تحقيقا للعدل والمصلحة اللذين هما غاية التشريع ، ومناقضة هذه الغاية عين التعسف..

وبين هذا الأصل وذاك: يقرّر الإمام أن الأمر الجائز بمقتضى حق أو إباحة لا يؤدي بذاته عند استعماله إلى أي مفسدة ،وإلا فكيف يبيحه الشارع ويأذن فيه،ولكن يتصوّر أداؤه إلى المفسدة والضرر بسبب أفعال المكلفين الخارجية الناشئة إما من القصد المناقض لمقاصد التشريع، وإما من المآل المفضي إلى غير الغاية التي قصدها الشارع في التشريع.

ثانيا:إن الشاطبي باعتماده على هذين الأصلين- الباعث والمآل- في تقرير النظرية، قد أثبت لها كيانا ذاتيا مستقلا عن نظرية التعدي في الفقه الإسلامي.فلم يكتف بحسن النية أو شرف الباعث وطهارته كما كان عليه الشأن في الفقه الغربي عند بداية تقريره للنظرية،بل زاد على ذلك اعتبار النظر الموضوعي من حيث إقامة الموازنة بين المصالح والمفاسد التي يؤول إليها استعمال الحق،فيقدم درء المفاسد على جلب

المصالح ،وتقدم المصلحة العامة على الخاصة مع رعاية المصلحة الخاصة..

ثالثا:ومن هنا كانت إقامة التوازن بين الحقوق المتضاربة والتوفيق بينها وترجيح الأكثر نفعا؛ من أصول التشريع الإسلامي بل وقوام النظام الشرعي العام، وما استنبطه أبو إسحاق من قواعد للتنسيق بين هذه الحقوق المتضاربة درءا للتعسف وتجنبا للإخلال بمقتضى البنية التشريعية ينم عن سعة أفق وعبقرية فذّة ..فكانت بذلك نظرية التعسف على ما أصله الشاطبي تامة الأركان وارفة الظلال على كافة الحقوق ،عريقة في التشريع بعراقة هذا الرجل الذي أقام لها القواعد وأصل لها الضوابط بفلسفته التي تقوم عليها فكرة الحق **وهي الالتفات إلى العدل والمصلحة**، ولا ريب أن الاتجاه إلى العدل والمصلحة اتجاه إلى روح الشريعة ومقاصدها العامة.

رابعا: إن الشاطبي إذ يربط فكرة استعمال الحق -قصدا أو مآلا- بغايتها وهي تحقيق العدل والمصلحة،يظهر حقيقة العدل الذي جاءت الشريعة لتحقيقه،فليس هو مجرد العدل الخاص الذي يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ،وليس هو مجرد العدل العام الذي يقوم على أساس سيطرة الكل على الجزء ،فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح الخاص،وإنما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ،أي مزاج بين ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره ،وبين ما يجب من تسخير الفرد للجماعة وإخضاعه لمقتضيات الصالح العام،ففكرة العدل الحق متراوحة بينتحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفرادا ، وبين تحقيق المصلحة للجماعة على الأفراد خدمة للصالح العام.

خامسا: إن الشاطبي باعتماده لتأصيل نظرية التعسف: على أصل الباعث في التصرفات ،وهو أصل ذاتي خلقي .وأصل النظر في المآلات، وهو أصل موضوعي مادي. يثبت أن الفقه الإسلامي فقه **تقويمي لا تقريري** ، فليس هو مجرد قواعد تنظيمية توازن بين المصالح المتضاربة فيما بينها،فتغلّب بعضها على بعض بالنظر إلى مآلها ،بل هو -إلى ذلك أو قبل ذلك – **فقه تقويمي** يعتمد في قواعده على مصادر سماوية ،تقيم للمبادئ الخلقية والمثل العليا المقام الأول في

التشريع. ليبرز بذلك إقامة نظرية التعسف على النزعة الخلقية في التشريع الإسلامي..

وهكذا تبدو عبقرية الشاطبي في هذا التوفيق العجيب بين الواقعية- التقريرية- وبين المثالية- التقويم- توفيقا محكما في غاية الضبط والإتقان،فلا هو ينحو إلى مثالية تحلق في الخيال ، ولا هو يخلد إلى الواقع على علاته،بل سار بين ذلك على منهج وسط ،يوائم بين ما يقتضيه الواقع وما ينشد الإسلام من مثالية..

سادسا: إن الشاطبي ومن خلال ربطه لنظرية التعسف بمقاصد الشارع من جهة ، ومقاصد المكلف من جهة ثانية،**يبرز ضرورة استحضار المقاصد الشرعية والعمل على دمجها في سلك وظيفتها التكميلية** سواء أكانت من الأمور الضرورية أو الحاجية أو التحسينية ،الشيء الذي يدل على أن إبداعه وتجديده لا يكمن في إثارة القضايا الضرورية فحسب،بل وفي كيفية معالجتها وإخضاعها لنظرية المقاصد ،مبرزا بذلك علم المقاصد في الشريعة بأنه في ذاته فقه في الدين ،وعلم بنظام الشريعة ،ووقوف على أسس التشريع،علم تسكن إليه النفوس ،ويطرد ما يلم بها من الخواطر، ويجمع ما زاغ من المدارك،فللّه درّه ما أفاد الشريعة هذا الإمام رضي الله عنه.

وأخيرا: فإن الشاطبي إذ يربط التعسف في استعمال الحقوق بمناقضة الغاية التي جاءت الشريعة لتحقيقها **وهي إقامة العدل والمصلحة،** يجلي كيف كانت شريعة الله مبنية على مصالح العباد،وأنها نظام عام لجميع البشر ،وأن هذه الشريعة كما يقول خاصيتها السماح ،وشأنها الرفق ،تحمل الجمّاء الغفير ضعيفا وقويا،وتهدي الكافة فهيما وغبيا.

كانت هذه جملة النتائج المتوصل إليها.أما التوصيات فيقال:

أولا: إن الدراسة العلمية تفرض على الباحثين -في هذا العصر- تقليب النظر في التراث العلمي الذي ورّثه لنا الراسخون من أسلافنا،وإعادة صياغته صياغة تتوافق ومقتضيات العصر ،من حيث إنها-أي هذه الدراسات- تبرز الكليات التي يقوم عليها هذا الفقه ،وتنزيل هذه الكليات على الجزئيات، حتى تكون الدراسة ثابتة الأركان، مؤصلة تأصيلا علميا يضاهي ما يدّعيه فقهاء الغرب من سبقهم لتأصيل علم النظريات الفقهية.

ثانيا: إن هذا العصر بتطوراته السريعة ومشاكله المختلفة التي لم تكن تحصل من قبل ،يفرض على الدارسين في المجال الشرعي الاهتمام بالمقاصد الشرعية ،باعتبارها الإطار العام والمسلك الشمولي لبيان أحكام تلك المشكلات والنوازل ،لأن الإبقاء على بعض الأحكام الفقهية ثابتة زمنا طويلا مع اختلاف المكان والزمان والوسيلة،يجعل البعض يشعر بقصور اتجاه كل مستجدات الحياة،لذلك كان لا بد من تحرير الأحكام الفقهية من جمودها ،والنظر في مقاصد الشارع والشريعة؛ لإخراج أحكام ملائمة لتطور الحياة مستخلصة من الدليل والنص الشرعي،فكان لا بد إذ ذاك أن تتجه همة الدارسين إلى إبراز فلسفة التشريع الإسلامي -**بمقوماته وكلياته**- كتشريع سماوي غايته ومقصده الأسمى رفع الظلم والجور وتحقيق العدل والإنصاف.على أن يكون الرائد الأعظم في هذا المسلك- كما يقول العلامة ابن عاشور- هو" الإنصاف ونبذ التعصب لبادئ الرأي أو لسابق الاجتهاد أو لقول إمام"[1].

والله تعالى أعلم ونسبة العلم إليه أسلم،وهو سبحانه الهادي لسبيل الرشاد والموفق لطريق السداد. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

[1] - ابن عاشور:مقاصد الشريعة الإسلامية.ص:(19).

الفهارس العامة

*فهرس الآيات القرآنية
*فهرس الأحاديث النبوية
*فهرس القواعد الفقهية
*فهرس الأعلام
*فهرس المصادر والمراجع
* فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
(يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱعۡبُدُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُمۡ)	21	152
﴿وَإِذ قَالَ رَبُّكَ لِلۡمَلَـٰٓئِكَةِ إِنِّى جَاعِلٌ فِى ٱلۡأَرۡضِ خَلِيفَةً)	30	-26 257
(يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ كُلُواْ مِمَّا فِى ٱلۡأَرۡضِ حَلَـٰلاً طَيِّبًا)	168	110
(يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُلُواْ مِن طَيِّبَـٰتِ)	172	110
(وَلَكُم فِى ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُوْلِى ٱلۡأَلۡبَـٰبِ)	179	153
(يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلصِّيَامُ)	183	-153 250
(يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ)	185	177
(يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقُولُواْ رَٰعِنَا)	104	154
(فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ.. ۚ)	194	161
﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَـٰحًا)	228	199

(ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ)		229
		201-199
(وَلا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ)	231	-130
		199
(لا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ)	233	
		204
(وَإِن كَانَ ذُو عُسۡرَةٖ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيۡسَرَةٖۚ)	280	
		85
(رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذۡنَآ إِن نَّسِينَآ أَوۡ أَخۡطَأۡنَا)	286	
		14

سورة النساء		
(مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ)	12	
		204
(رُّسُلٗا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ)	165	
		250
(وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ)	115	
		141
(وَلَقَد وَصَّيۡنَا ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ ..)	131	29
سورة المائدة		
(وَتَعَاوَنُوا عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ ..)	02	
		127
(مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجۡعَلَ عَلَيۡكُم مِّنۡ حَرَجٖ)	06	
		250

(يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَـٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ..)		87
		115
سورة الأنعام		
(ولَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ)	108	153-162-
		232
سورة الأعراف		
(قُل مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ ...)	32	111-
		106
(وَيَسۡتَخۡلِفَكُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَيَنظُرَ كَيۡفَ تَعۡمَلُونَ)		129
		260
سورة يونس		
(وَيُحِقُّ ٱللَّهُ ٱلۡحَقَّ بِكَلِمَـٰتِهِۦ)	82	
		64
سورة هود		
(هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ وَٱسۡتَعۡمَرَكُمۡ فِيهَا)		61
		257

سورة النحل		
(إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَـٰنِ ...)		90
		85
(مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَـٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ)	106	
		130
سورة الإسراء		
(وَإِذَآ أَرَدۡنَآ أَن نُّهۡلِكَ قَرۡيَةً أَمَرۡنَا مُتۡرَفِيهَا فَفَسَقُواْ)	16	
		22

(وَلَقَدْ	كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ)	70	256
سورة الأنبياء			
ٱ(وَمَا أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَٰلَمِينَ)		107	250
سورة الذاريات			
(وَمَا	خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ)	56	-250 256
سورة الحديد			
(ءَامِنُواْ	بِٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَأَنفِقُواْ مِمَّا جَعَلَكُم)		07 260
سورة الحشر			
(وَيُؤْثِرُون	عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ)	09	-127 267
سورة المعارج			
(وَٱلَّذِين	فِيٓ أَمْوَٰلِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ)	24	64
سورة الإنسان			
ٱ(وَيُطْعِمُون ٱلطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا)08-09 267			
سورة البينة			
(وَمَا أُمِرُوٓاْ	إِلَّا لِيَعْبُدُواْ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ)	05	130

فهرس الأحاديث النبوية

أط راف الحد ديث	الصفحة
«أباَحَ عَلَيهِ الصَّلاةُ والسَّلامِ للمُحرِمِ أكلَ لحَمِ الصّيْد»	130
«إذ كّ لَتَصِلُ الرَّحِمَ، وتَحْمِلُ الكَلّ ، وتكْسِبُ المَعْدُوم».....	268
«إنّمَا الأعمَال بالنيّات وَإنّما لكلّ امرئٍ مانَوَى».....	130
«بَدَأ الإسْلاَمُ غَرِيباً، وَسيَعُودُ غَرِيباً كَمَا بَدَأ».....	41
«دَع مَا يَرِيبُ ك إلَى مَا لاَ يَرِيبُ ك».....	145
«دَعُوهُ لاَ تَزرمُوه»	153-156
«مِنْ الكَبَائِرِ شَتمُ الرّجُلِ وَالِدَيهِ , قَالُوا يا رَسُولَ اللهِ».....	232
«مَن قَاتلَ لِتكونَ كَلِمةُ اللهِ هيَ العُلَيا فهوَ في سبيلِ اللهِ».....	130
«فَمن اتّقى الشُّبهَات فَقَد استَبرَأ لِدينِه وَعِرضِه».....	145
« لاَ حِمَى إلاَّ للهِ ولرَسُولِهِ»	264
«لاَيَتحدّثَ النّاسُ أنّ مُحمّداً يقتُلُ أصحَابَهُ».....	153- 158
«لاَ يَتقدَّمَنّ أحَدُكُم رَمضَانَ بِصَومِ يَومٍ أوْ يَومَين».....	165
«لاَ ضَررَ ولاَ ضِرارَ».....	127-204
«لَا ولاَ حَدَاثَةٌ عَهدُ قومُك بالكُفْر»	153
«نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تُتَلقّى الرُّكبَان».....	207
«نَهَى عليهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ عن الخَلِيطَين».....	144

«نَهَى عَنْ شُربِ النَّبِيذِ بَعْدَ ثَلاَثٍ» 144
«نَهَى عن الانتِبَاذِ في الأوعِيَةِ التِي لاَ يُعْلَم بتَخْمِير النّبِيذِ فِيهَا»..... 144
«والرَّجُلُ رَاعٍ عَلَىَ أَهْلِهِ وَبَيتِهِ وهُوَ مَسؤُولٌ عَنهُم»..... 260

فهرس القواعد الفقهية

القاعدة	رقم الصفحة
الأمور بمقاصدها	53-125-128
جبر المضرة	223
الجواز الشرعي ينافي الضمان	82
درء المفاسد مقدم على جلب المصالح	235-269
المئنة أولى بالاعتبار من المظنة	194
المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة	224-261
المقاصد معتبرة في التصرفات	130
الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف	222-265
الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام	261-265
الضرر العام أولى في الاعتبار من الضرر الخاص	

الفهارس العامة :

261-221
الضـ رر لا يـ زال بمثلـ ه 231
الضـ رر يـ دفع بقـ در الإمكـ ان 261
لا ضـرر ولا ضـرار 226-232
يختـ ار أهـ ون الشـ رين 265
اليقـ ين لا يـ زول بالشـ ك 53

فهرس الأعلام

العلـ م **رقم الصفحة**
الآمـ دي: سـ يف الـ دين 72
أصـ بغ: ابـ ن الفـ رج بـ ن سـ عيد 151
البـ اجي: سـ ليمان بـ ن خلـ ف 163
ابـ ن تيميـ ة:أحمـ د بـ ن عبـ د الحلـ يم 134
الجصـ اص :أحمـ د بـ ن علـ ي..... 202
ابـ ن حـ زم:علـ ي بـ ن أحمـ د 146
ابـ ن الخطيـ ب: لسـ ان الـ دين .....

19
ابـ ن خلـ دون: عبـ د الرحمـ ان 48
ابـ ن دقيـ ق العيـ د: تقـ ي الـ دين..... 207
الـ رازي: محمـ د بـ ن عمـ ر 71
ابـ ن رجـ ب الحنبلـ ي: أبـ و الفـ رج 134
ابـ ن رشـ د الكبيـ ر: 171
ابـ ن رشـ د: محمـ د بـ ن أحمـ د 80
الزمخشـ ري:محمـ ود بـ ن عمـ ر 63
الزيلعـ ي: عثمـ ان بـ ن علـ ي 65
الطبـ ري:محمـ د بـ ن جريـ ر..... 200
الكاسـ اني: أبـ و بكـ ر 91
الكرخـ ي: عبيـ د الله بـ ن الحسـ ين 171
ابـ ن عاشـ ور:محمـ د الطـ اهر..... 111

العلـ م **رقم الصفحة**
ابـ ن عبـ د السـ لام:عـ ز الـ دين 137
أبـ و عبيـ د الله: القاسـ م بـ ن سـ لام..... 264
ابـ ن العربـ ي: القاضـ ي أبـ و بكـ ر 154

الفهارس العامة :

علـ ي حيـ در: باشـ ا 73
الغزالـ ي: أبـ و حامـ د 71
ابـ ن فـ ارس: أبـ و الحسـ ين القزوينـ ي 75
ابـ ن قدامـ ة:موفـ ق الـ دين 80
القرافـ ي: شـ هاب الـ دين 66
القرطبـ ي:محمـ د بـ ن أحمـ د 164
ابـ ن القـ يم:محمـ د بـ ن أبـ ي بكـ ر 135
السرخسـ ي:محمـ د بـ ن أحمـ د 177
الشـ وكاني:محمـ د بـ ن علـ ي..... 202
النـ ووي: يحيـ ى بـ ن شـ رف الـ دين 124

فهرس المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم

* علوم القرآن

01- الجصاص: أبو بكر الرازي:
أحكام القرآن.درط.دار الفكر ،بيروت،لبنان.د:ت.04أجزاء.
02- أبوحيان الأندلسي:
البحر المحيط.درط.دار الفكر ،بيروت،لبنان.ت:2005م/1426ه.11جزء.
03- الرازي: فخر الدين
تفسير الفخر الرازي.درط.دار الفكرالعربي،بيروت،لبنان.ت:1415ه/1995م.32جزء.
04- الزحيلي: وهبة
التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج.ط:1.دارالفكر العربي.بيروت،لبنان.
1418ه/1998م.32جزء.
05-الطبري:محمد بن جرير:
جامع البيان في تفسير القرآن.درط.دار المعرفة بيروت،لبنان.30جزء.
06- ابن عاشور:محمد الطاهر
التحرير والتنوير.درط.دار سحنون للنشر،تونس.د:ت.21جزء.
07- ابن العربي: القاضي أبو بكر
أحكام القرآن.ت:عبد القادر.درط. دار الكتب العلمية،بيروت.لبنان.
ت:1424ه/2003م. 04أجزاء.
08- القرطبي:
الجامع لأحكام القرآن.ط:5.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.ت:1417ه/1996م.21جزء.
09- الشنقيطي:محمد الأمين
أضواء البيان.درط.مكتبة ابن تيمية.القاهرة.مصر.1408ه/1988م. 09أجزاء.

10- الشوكاني:محمد بن علي
فتح القدير.درط.دار إحياء التراث العربي.بيروت،لبنان.د:ت.05أجزاء.

*:علوم الحديث

11- الألباني: محمد ناصر الدين
إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل.إشراف: محمد زهير الشاويش.ط:2.المكتب الإسلامي،بيروت،لبنان.ت:1405ه/1985م.09أجزاء.
12- البخاري:محمد بن إسماعيل
صحيح البخاري.درط.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.د:ت.08أجزاء.
13- الترمذي: أبو عيسى

الجامع الصحيح.ت:محمد فؤاد عبد القادر.درط.دار الكتب العلمية.بيروت،لبنان.
د:ت.05أجزاء
14-الحاكم: النيسابوري
المسد تدرك عل ى الصد حيحين.ت:مصد طفى عبد القادر عط ا.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت لبنان.
ت:1411ه/1995م.05 أجزاء.
15- ابن دقيق العيد:تقي الدين
إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام.ت:أحمد شاكر.ط:2.دار الجيل بيروت،لبنان.ت:1416ه/1995م.
16- ابن رجب الحنبلي:
جامع العلوم والحكم.ط:1.دار ابن حزم ،بيروت لبنان.1418ه/1997م.
17-ابن ماجه: القزويني
سنن ابن ماجه.ت:محمد فؤاد عبد الباقي.درط.دار الكتب العلمية،بيروت.د:ت.جزءان.
18- مسلم بن الحجاج:
صحيح مسلم.ط:1.دار ابن حزم.بيروت،لبنان.1416ه/1995م.04أجزاء.
19- النسائي:
سنن النسائي.درط.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.د:ت.08أجزاء.

20- النووي: يحيى بن شرف الدين:
شرح صحيح مسلم.ت:رضوان جامع رضوان.ط:1.المكتب الثقافي الأزهر،القاهرة. ت:2001م.16جزء.
21- الصنعاني: محمد بن إسماعيل:
سبل السلام شرح بلوغ المرام.ت:محمد والي بلطة.المكتبة العصرية،بيروت،لبنان.د:ط. ت: 1412ه/1992م.
22-ابن عبد البرّ:أبو عمر
التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد.ت:أسامة بن إبراهيم.ط:1.الفاروق الحديثة للطباعة والنشر،القاهرة.مصر.ت:1420ه/1999م.16جزء
23- ابن العربي: القاضي
القبس شرح موطأ مالك بن أنس.ت:أيمن نصر الأزهري،علاء إبراهيم.ط:1.
دار الكتب العلمية.بيروت ،لبنان.ت:1988م.04أجزاء.
24-السيوطي:
الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير.ط:1.دار الفكر ،بيروت،لبنان.ت:1401ه/1981م.

25- الشوكاني:
نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار.ت:طه عبد الرؤوف مصطفى،محمد الهواري. د:ط. مكتبة الكليات الأزهرية. القاهرة.د:ت.06 أجزاء.

*أصول الفقه:

26- الآمدي: سيف الدين:
الإحكام في أصول الأحكام.ت:سيد الجميلي.ط:2.دار الكتاب العربي،بيروت،لبنان.
ت:1406ه/1986م.4أجزاء.
27-الباجي:أبو الوليد
إحكام الأصول في أحكام الفصول.ت:عبد المجيد تركي.ط:2.دار الغرب الإسلامي.بيروت،لبنان.
ت:1415ه/1995م.جزءان.
28-الباحسين: يعقوب
رفع الحرج في الشريعة الإسلامية.ط:4.مكتبة الرشد ،الرياض.السعودية.ت:1422ه/2004م.
29-البخاري:عبد العزيز
كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي.وضع حواشيه:عبد الله محمود عمر.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت لبنان.ت:1417ه/1997م.04أجزاء.
30-البرهاني:محمد هشام
سد الذرائع في الشريعة الإسلامية.ط:1.مطبعة الريحاني،بيروت،لبنان.ت:1406ه/1985م.
31-التفتازاني : سعد الدين:
شرح التلويح على التوضيح.ت:زكريا عميرات.ط:1.دار الكتب العلمية بيروت،لبنان. ت:1416ه/1996م.2أجزاء.
32- ابن جزي الغرناطي:
تقريب الوصول إلى علم الأصول.ت:المختار الشنقيطي.ط:2.ددط.ت:1423ه/2002م.
33- الجيلالي:المريني
القواعد الأصولية عند الإمام الشاطبي من خلال كتابه الموافقات.ط:1.دار ابن عفان،القاهرة،مصر.ت:1423ه/2002م.
34- ابن حزم الأندلسي:
الإحكام في أصول الأحكام.ط:1.دار الحديث،القاهرة،مصر.ت:1984م.08أجزاء.
35-أبو الحسين البصري:

المعتمد في أصول الفقه.درط.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.د:ت.جزءان.
36- حسين حامد حسان:
نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي.درط.مكتبة المتنبي ،القاهرة.ت:1981م.
37- الدريني:محمد فتحي
المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي. ط:3.مؤسسة الرسالة،بيروت لبنان.1418ه/1997م.
38- الرازي: فخر الدين
المحصول من علم الأصول.ت:عادل عبد الموجود،على محمد عوض.ط:2. المكتبة العصرية،بيروت،لبنان.د:ت.4أجزاء.

39- الريسوني- جمال محمد باروت:
الاجتهاد:الواقع ونص المصلحة.ط:1.دار الفكر،دمشق،سوريا.ت:1420ه/1999م.
40- الزركشي:بدرالدين
البحر المحيط.ت:محمد تامر.ط:1.دارالكتب العلمية،بيروت،لبنان.ت:1421ه/2000م.7أجزاء.
41- الزرقاء:مصطفى أحمد:
المدخل الفقهي العام.ط:1.دار القلم،دمشق سوريا.ت:1418ه/1998م.جزءان.
42- أبو زهرة:محمد
أصول الفقه درط.دار الفكر العربي،القاهرة مصر.د/ت. جزء واحد.
43-زين العابدين :محمد النور
رأي الأصوليين في المصالح المرسلة والاستحسان من حيث الحجية.ط:1.دار البحوث للدراسات الإسلامية.دبي.الإمارات.ت:1425ه/2004م.جزءان.
44- محمد الأمين :ولد محمد الشيخ:
مراعاة الخلاف في المذهب المالكي وعلاقتها ببعض أصول المذهب وقواعده.ط:1.دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث العربي.دبي الإمارات.ت:1423ه/2002م.
45- محمد سلام مدكور:
نظرية الإباحة عند الأصوليين.ط:2.دار إحياء النهضة العربية،بيروت،لبنان.ت:1984م.
46- المحمصاني:محمد صبحي
فلسفة التشريع الإسلامي.ط:3.دار العلم للملايين،بيروت،لبنان.ت:1380ه/1961م.
47- مصطفى شلبي:

تعليل ا لأحك ام. ط:2.دار النهضـ ة العربية،بيروت،لبنان.ت:1401ه/1981م.
48- عبد الكريم زيدان:
الم دخل لدراس ة الشـ ريعة الإس لامية. ط:16. مؤسس ة الرس الة ،بي روت لبنان..1420ه/1999م.
49- عبد الكريم النملة:
المه ذب ف ي عل م أص ول الفق ه المق ارن.ط:1.مكتب ة الرشد،الرياض.ت:1420ه/1999م.05أجزاء
50- عبد السلام :بن محمد عبد الكريم:
التجدي د والمج ددون ف ي أص ول الفق ه،ط2.المكتب ة الإس لامية القـ اهرة، ت:1425ه/2004م.
51- عبد الوهاب خلاف:
علم أصول الفقه درط. دار النفائس،الأردن.ت:1417ه/1996م.
52- ابن العربي: القاضي أبو بكر
المحصول في أصول الفقه.اعتنى به :حسين علي البدري.ط:1.دار البيارق للطباعة والنشر،عمان، الأردن.ت:1420ه/1999م.
53- الغزالي: أبو حامد:
المستصفى من علم الأصول .ط:2.دار إحياء التراث العربي،بيروت،لبنان.ت: 1414ه/1993م.جزءان.
54-ابن قدامة المقدسي:
روضـ ة النـ اظر وجنـ ة المنـ اظر. ت: عبـ د الكـ ريم النملـ ة، ط/7. مكتبـ ة الرشـ د ناشرون. الرياض.
ت:1423ه/ 2004م.04 أجزاء.
55- القرافي شهاب الدين:
شرح تنقيح الفصول.درط.دار الفكر،بيروت،لبنان.ت:1424ه/2004م.
56- ابن قيم الجوزية:
إعـ لام المـ وقعين عـ ن ربـ العـ المين.ت:عبـ د السـ لام إبـ راهيم.درط.دار الكتـ ب العلمية،بيروت،لبنان.
ت:1417ه/1996م.04أجزاء.
57- السبكي: تقي الدين وابنه تاج الدين:
الإبهـ اج فـ ي شـ رح المنهـ اج.درط.دار الكتـ ب العلمية،بيروت،لبنان.ت:1416ه/1995م.04أجزاء.
58- السرخسي:
أصـ ول السرخسـ ي.ت:أبـ و الوفـ ا الأفغـ اني.ط:1.دار الكتـ ب العلمية،بيروت،لبنان.جزءان.

59- الشاطبي:أبو إسحاق
الاعتصام.درط.دار الفكر،بيروت،لبنان. ت:1424ه/2003م.جزءان.
60- الشوكاني:محمد بن علي:
إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول.درط.دار الفكر،القاهرة،مصر.د:ت.

*مقاصد الشريعة:

67- الريسوني:
نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي.ط:4.الدار العالمية للكتاب الإسلامي.الرياض. السعودية.ت:1416ه/1995م.
68- ابن عاشور :محمد الطاهر
مقاصد الشريعة الإسلامية.درط.د:ت.تونس. جزء واحد.
69- العبيدي:
الشاطبي ومقاصد الشريعة.ط:1.دار قتيبة،بيروت،لبنان.ت:1410ه/1992م.
70- العز بن عبد السلام:
قواعد الأحكام في مصالح الأنام.درط.دار المعرفة،بيروت،لبنان.د:ت. جزءان.
71- عمر سليمان الأشقر:
مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين.ط:2.دار النفائس ،الأردن.ت:1415ه/1992م.
72- عمر بن صالح عمر:
مقاصد الشريعة عند العز بن عبد السلام.ط:1.دار النفائس،الأردن.ت:1423ه/2003م.
73- الشاطبي :أبو إسحاق
الموافقات في أصول الشريعة.ت: عبد الله دراز.درط. دار الكتب العلمية.بيروت ،لبنان.د:ت. 4أجزاء.
74- يوسف البدوي:
مقاصد الشريعة عند ابن تيمية.ط:1.دار النفائس، الأردن. ت:1421ه/2000م.

*خامسا: القواعد الفقهية:

75- الباحسين:يعقوب
القواعد الفقهية.ط:3.مكتبة الرشيد.الرياض.1424ه/2003م.المملكة العربية السعودية.
76- محمد عثمان بشير:

القواعد الكلية والضوابط الفقهية.ط:1.دار الفرقان،عمان الأردن.ت:1421ه/2000م.
77- مصطفى مخدوم:
قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية.ط:1.دار إشبيليا.الرياض.ت:1420ه/1999م.
78- المقري:محمد بن محمد:
القواعد الكبرى.ت:أحمد بن حميد.درط.معهد البحوث العلمية.دار إحياء التراث العربي.السعودية.د:ت.
79- الندوي: أحمد علي:
القواعد الفقهية.ط:2.دار القلم.دمشق. سوريا.ت:1412ه/1991م.
80- عبد الكريم زيدان:
الوجيز في شرح القواعد الفقهية.درط.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.ت:2003م.
81- علي حيدر:
درر الحكام شرح مجلة الأحكام.درط.دار الكتب العلمية بيروت،لبنان.د:ت.16جزء.
82- القرافي :شهاب الدين
الفروق. ط:1. دار الكتب العلمية،بيروت.لبنان.ت:1988م. 04أجزاء.
83- السدلان: صالح بن غانم
القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها.ط:1.ددط. ت:1417ه/1996م.
84- ابن نجيم الحنفي:
الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة.ط:1.مكتبة نزار مصطفى الباز.الرياض.ت:1417ه/1997م.جزءان.

* الفقه على المذاهب:

الفقه المالكي:

85- التسولي:علي بن عبد السلام:
البهجة في شرح التحفة.ضبطه:محمد عبد القادر شاهين.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.ت:1418ه/1998م.جزءان.
86- الخرشي:محمد بن علي
حاشية الخرشي على مختصر خليل.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.1997م.08أجزاء.
87- الرصّاع : أبو عبد الله الأنصاري:
الهداية الكافية الشافية شرح حدود ابن عرفة الوافية.ت:أبو الأجفان،الطاهر المعموري.ط:1.دار الغرب الإسلامي،بيروت،لبنان.ت:1993م.جزءان.

88- مالك بن أنس: الأصبحي
المدونة الكبرى.درط.دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان.د:ت. 05أجزاء.
89- القرافي: شهاب الدين
الـ ذخيرة.ت:محمـ د حجـ ي.ط:1.دار الغـ رب الإسلامي.بيروت،.ت:1420ه/1999م.14جزء.
الفقه الحنفي:
90- الزيلعي: عثمان بن علي:
تبـ ين الحقـ ائق شـ رح كنـ ز الـ دقائق.ت:أحمـ د عـ زو عنايـ ة.ط:1.دار الكتـ ب العلمية،بيروت،لبنان.
.ت:1420ه/2000م.06 أجزاء.
91- المرغيناني:
الهدايـة فـي شـرح البدايـة.ت:طـلال يوسـف.دار إحيـاء التـراث العربـي.بيـروت لبنان.ت:1416ه/
1995م. 4أجزاء.
92- السرخسي:محمد بن أحمد:
المبسـ وط. ط:2.دار المعرفـ ة للطباعـ ة والنشـ ر،بيروت لبنان.ت:1990م.07أجزاء.
93- الكاساني: أبوبكر
بـ دائع الصـ نائع فـ ي ترتيـ ب الشـ رائع.ط:1.دار الفكر،بيـ روت لبنان.ت:1417ه/1996م.07أجزاء.
الفقه الشافعي:
94- الشافعي: محمد بن إدريس:
الأم.ط:1. دار الفكر،بيروت.لبنان.ت: 2002م. 05 أجزاء.
95- النووي:يحيى بن شرف الدين
المجمـ وع شـ رح المهـ ذب.ت:محمـ ود مطرجـ ي.درط.دار الفكر،بيروت.1421ه/2000م.21جزء.
الفقه الحنبلي:
96- ابن قدامة المقدسي:
المغني والشرح الكبير.ت:محمد شرف خطاب،السيد محمد السيد.دار الحديث القاهرة.ت:1425ه/2004م.درط.16جزء.

*الفقه المقارن:

97- الدريني:محمد فتحي

الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب.درط.مطبعة طبرين.مصر.ت:1997م/1998م.
98- ابن رشد:أبو الوليد
بداية المجتهد ونهاية المقتصد.ط:1.دار إحياء التراث العربي،بيروت .لبنان.ت:1416ه/1996م.
جزءان.
99- وهبة الزجيلي:
الفقه الإسلامي وأدلته.ط:1.دار الفكر دمشق،سوريا.ت:1412ه/1991م.08 أجزاء.

*** الفتاوى:**

100- ابن تيمية: أبو العباس
مجموع الفتاوى.ت:عامر الجزار ،أنور الباز.ط:2.دار الوفاء للطباعة والنشر،المنصورة القاهرة.ت:1422ه/2001م.35 جزء.
الفتاوى الكبرى.ط:2.الدار العالمية،الرياض ،المملكة العربية.ت:1982م.05 أجزاء.
102- ابن رشد:الحفيد
فتاوى ابن رشد.ت:مختار بن الطاهر التليلي.ط:1.دار الغرب الإسلامي،بيروت،لبنان.ت:1407
1987م.03أجزاء.
103- الشاطبي: أبو إسحاق:
فتاوى الشاطبي.ت:أبو ألأجفان.درط.مطبعة طيباوي.الجزائر.درت.
104- الونشريسي:أحمد بن يحيى:
المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب.درط.دار الغرب الإسلامي.بيروت لبنان.د:ت.13جزء.

***كتب الفقه العامة:**

105- أحمد إبراهيم بك:
الالتزامات في الشرع الإسلامي.درط.دار الأنصار، عابدين.مصر.د:ت.

106- أحمد فراج حسين/عبد الودود السبرتي:
النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه.درط..دارالنهضة العربية.بيروت.ت: 1418ه/1997م.
107- أحمد موافي:
الضرر في الفقه الإسلامي.ط:1.دار ابن عفان،المملكة العربية السعودية،ت:1418ه/1997م.

108- آيت حمودي:حليمة.
نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.ط:1. دار الحداثة للطباعة والنشر.بيروت،لبنان.ت:1986م.
109- الخولي: أحمد.
نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.ط:1.دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع.مصر القاهرة.ت:1423ه/2003م.
110- الدريني: محمد فتحي:
الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده.ط:2.مؤسسة الرسالة،بيروت لبنان.ت:1981م.
نظرية التعسف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.ط:2.مؤسسة الرسالة،بيروت.ت:1988م.
112- الزرقاء:مصطفى أحمد
المدخل إلى نظرية الالتزام العامة. ط:1.دارالقلم.دمشق.ت:1420ه/1999م.
113- محمد سراج:
ضمان العدوان في الفقه الإسلامي.ط:1. دار الثقافة للنشر والتوزيع . 1989م. القاهرة مصر.
114- محمد سعد شتا:
بحوث في الشريعة الإسلامية.درط.د:ت. د:دار طبع.
115- عبد الكرم زيدان:
نظرات في الشريعة الإسلامية.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت.لبنان.1424ه.2003م.
116- أبو عبيد الله:القاسم بن سلام:
كتاب الأموال. شرحه:عبد الأمير علي مهنا.ط:1.دار الحداثة للطباعة والنشر،بيروت،لبنان.ت:1988م.

117- على الخفيف:
الضمان في الفقه الإسلامي .درط.دار الفكرالعربي،القاهرة.ت:2000م.
الملكية في الشريعة الإسلامية.درط.دار النهضة العربية.بيروت.ت:1416ه/1995م.
119- ابن قيم الجوزية:
الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.ت:حامد الفقي.درط.دار الكتب العلمية،بيروت.د:ت.
120- السنهوري: عبد الرزاق
مصادر الحق في الفقه الإسلامي.درط.دار الفكر،بيروت. ت:1953م.جزءان.
121- وهبة الزحيلي:

نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.درط.دار الفكر،دمشق.ت:1402ه/1982م.

كتب متفرقة:

122- الجويني:عبد الملك
الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد.ت:أسعد تميم.ط:3.مؤسسة الكتب الثقافية،بيروت،لبنان.ت:1416ه/ 1996م.
123- ابن عاشور: محمد الطاهر:
أصول النظام الاجتماعي في الإسلام.ط:1.دار النفائس، الأردن.ت:1421ه/2001م.
124- الشاطبي: أبو إسحاق.
الإفادات والإنشادات.ت: أبو الأجفان. ط:2.مؤسسة الرسالة،بيروت.ت:1406ه/1986م.

* الكتب القانونية:

125- إسحاق إبراهيم منصور:
نظريتا الحق والقانون وتطبيقاتهما في القانون الجزائري،ط:2.ديوان المطبوعات الجامعية.الجزائر.
.ت:1992م.
126- بلحاج العربي:
النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري.درط.ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر.د:ت.جزءان.
127- جورج خربون،عباس الطراف:
المدخل إلى علم القانون.ط:2.مكتبة دار الثقافة ،عمان، الأردن.د:ت.
128- حسن كيرة:
المدخل إلى القانون.ط:5.منشأة المعارف الإسكندرية.مصر.د:ت.
129- حسن ملحم:
محاضرات في نظرية الحريات العامة.ط:2.ديوان المطبوعات الجامعية.ت:1988م.
130- محمد حسنين:
الوجيز في نظرية الحق بوجه عام.درط.المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر.ت:1985م.
131- محمد عابدين:
التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث.درط. منشأة المعارف الإسكندرية،مصر.1995م.
132- محمد سعدي الصبري:

النظرية العامة للالتزامات.درط.دار الكتاب الحديث ،القاهرة.مصر.ت:1424ه/ 2003م.

133- محمود جلال حمزة:

العمـ ل غي ر المشـ روع باعتبـ اره مصـ درا للالتـ زام.درط.ديـ وان المطبوعـ ات الجامعية.الجزائر.

ت:1405ه/1983م.

134- رمضان أبو السعود:

أحكام الالتزام.درط.دار المطبوعات الجامعية.الإسكندرية.مصر.ت:1988م.

135- الصدة: عبد المنعم فرج:

أصول القانون.درط.دار النهضة العربية.بيروت،لبنان. د:ت.

136- السنهوري:عبد الرزاق

الوسـ يطـ فـ ي شـ رح القـ انون المـ دني الجديـ د.درط.دار النهضـ ة العربيـ ة ،القاهرة،مصر.د:ت.08أجزاء.

137- شمس الدين الوكيل:

محاضرات في النظرية العامة للحق.درط.مطبعة نهضة، القاهرة.د:ت.

***كتب العلوم السياسية:**

138- إبراهيم عبد العزيز شيحا،محسن خليل:

النظم السياسية والقانون الدستوري.درط.د/دارطبع.ت:1988م.

139- ثروت بدوي:

النظم السياسية.درط.دار النهضة العربية،القاهرة.مصر.ت:1972م.

140- عوابدي عمار:

مبدأ تدرج فكرة السلطة الرئاسية.درط.دار هوامة.الجزائر. د:ت.

141- محمد عبد المعز:

في النظريات والنظم السياسية.درط.دار النهضة العربية.بيروت.ت:1981م.

142- عبد الغني بسيوني:

الـ نظم السياسـ ية والقـ انون الدسـ توري.درط.الـ دار الجامعيـ ة للطباعـ ة والنشر.بيروت.ت:1993م.

***التاريخ والسير والتراجم:**

143- ابن الأثير:محمد بن محمد:

الكامـ لـ فـ ي التـ اريخ.راجعـ ه:محمـ د يوسـ ف الـ دقاق.ط:2.دار الكتـ ب العلمية،بيروت.لبنان.ت:1415ه

/1995م.10 أجزاء .

144- الأدنروي:أحمد بن محمد

طبقات المفسرين.ت:سليمان بن صالح.ط:1.مكتبة العلوم والحكم.المدينة المنورة.المملكة العربية.ت:1417ه/1997م.
145- التنبكتي: أحمد بابا
كفاية المحتاج لمعرفة من ليس في الديباج.ت:على عمر.ط:1.مكتبة الثقافة الدينية.القاهرة.ت:1425ه/2004م.جزءان.
نيل الابتهاج في تطريز الديباج.ت:علي عمر.ط:1.مكتبة الثقافة الدينية.القاهرة.مصر.
ت:1423ه/2004م.
147- ابن حجر:الحافظ
الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة.درط.أم القرى للطباعة والنشر.القاهرة.مصر.د:ت.5أجزاء.
148- الحجوي الثعالبي: محمد بن الحسن:
الفكر السامي.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت.لبنان ، ت:1416ه/1995م.04أجزاء.
149- ابن الخطيب: لسان الدين:
الإحاطة في أخبار غرناطة.ش: يوسف علي.ط:1.دار الكتب العلمية. بيروت،لبنان. ت:1424ه /2003م.04أجزاء.

150- ابن خلكان:أحمد بن محمد:
وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان.درط.دار صادر،بيروت.لبنان. ت:1414ه/1994م. 08أجزاء.
151- الذهبي:محمد بن قايماز:
المعين في طبقات المحدثين.ط:1.دار الكتب العلمية.بيروت.لبنان .ت:1419ه/1998م.
152- الزركلي: خير الدين:
الأعلام.ط:8.دار العلم للملايين،بيروت لبنان.ت:1989م.07 أجزاء.
153- أبو زهرة: محمد
مالك حياته وعصره وأرآؤه وفقهه. ط:3.دار الفكر العربي.القاهرة.ت:1418ه/1997م.
154- الطبري:محمد بن جرير:
تاريخ الأمم والملوك.درط.دار الكتب العلمية،بيروت.لبنان.ت:1417ه/1996م.06أجزاء.
155- الكتبي:محمد بن شاكر

ف وات الوفيـ ات والـ ذيل عليه ا.ت:إحسـ ان عبـ اس.درط.دار صـ ادر ،بيروت،لبنان.د:ت.05أجزاء.
156- ابن كثير: الحافظ
البدايـ ة والنهايـ ة.ط:2.مكتبـ ة المعارف،بيروت،لبنان.ت:1411ه/1995م.12جزء.
157- مخلوف: محمد بن محمد:
شجرة الذور الزكية في طبقات المالكية.ت:عبد المجيد خيالي.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت ،لبنان.ت:1424ه/2003م.جزءان.
158- المقري: أحمد بن محمد:
نف ح الطيـ ب مـ ن غصـ ن الأنـ دلس الرطيـ ب.ت:يوسـ ف البقـ اعي.ط:1.دار الفكر،بيروت،لبنان. ت:1419ه/1998م.09 أجزاء.
159- ضويان:إبراهيم بن محمد:
رفـ ع النقـ اب عـ ن تـ راجم الأصـ حاب.ت:محـ ب الـ دين العمـ روي.ط:1.دار الفكر،بيروت،لبنان. ت:1418ه/1997م.
160- عادل نويهض:
معجـ م المفسـ رين.ط:1.مؤسسـ ة نـ ويهض الثقافية.مصر.ت:1403ه/1983م.جزءان.
161- عبد الله عنّان:
نهاية الأندلس وتاريخ العرب المنتصرين.ط:3.مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر.القاهرة.مصر. ت:1386ه/1966م.
162- ابن فرحون:إبراهيم بن نورالدين
الـ ديباج المـ ذهب في معرفة أعيان المـ ذهب.ت:مـ أمون الجنـ ان.ط:1.دار الكتب العلمية،بيروت.لبنان.
ت:1417ه/1997م.
163- قاسم:علي سعد
جمهـ رة تـ راجم فقهـ اء المالكيـ ة.ط:1.دار البحـ وث للدراسـ ات الإسـ لامية وإحيـ اء التراث،دبي،الإمارات
ت:1423ه/2002م.03أجزاء.
164- ابن قطلوبغا:أبو الفداء
تـ اج التـ راجم.ت:محمـ د خيـ ر يوسـ ف.ط:1.دار القلم،دمشق.سوريا.1413ه/1992م.
165- الوزير:أبو الحسن القفطي:
إنبـ اه الـ رواة عـ ن أنبـ اه النحـ اة.ت:محمـ د أبـ و الفضـ ل.المكتبـ ة العصرية،بيروت.لبنان.ت: 1424ه/2004م. 04أجزاء.

*المعاجم والقواميس:

166- الجرجاني:الشريف الحنفي.التعريفات.ت:عبد المنعم الحنفي.درط.دار الرشاد،القاهرة.مصر.د:ت.
167- الرازي:محمد بن أبي بكر
مختار الصحّاح.درط.مكتبة لبنان،بيروت.ت:1417ه/1995م.
168- رواس قلعة جي،محمد قنيبي:
معجم لغة الفقهاء.ط:2.دار النفائس،بيروت لبنان.ت:1988م.
169- الزمخشري: محمود بن عمر:
أساس البلاغة.راجعه إبراهيم تلاشي.دار الهدى عين مليلة.الجزائر.د:رط.د:ت.
170- مرتضى الزبيدي:
تاج العروس من جواهر القاموس.ت:علي بشري.ط:1.دارالفكر،بيروت لبنان.
ت: 1414ه.
/1994م.
171- المناوي:
التوقيف على مهمات التعاريف.ت:محمد رضوان الدية.ط:1.دار الفكر ،دمشق.ت:
1419ه/1999م.
172- ابن منظور:
لسان العرب.ط:1.دارصادر بيروت لبنان.ت:1997م.07أجزاء.
173- المكتب الثقافي الإسلامي لتحقيق الكتب
تهذيب لسان العرب.ط:1..ت:1413ه/1993م.دار الكتب العلمية.بيروت،لبنان.02جزء.
174- ابن فارس:
معجم مقاييس اللغة.ت:عبد السلام هارون.درط.دار الجيل،بيروت.لبنان.ت:1995م
1414ه.06أجزاء.
175- الفيروز أبادي:
القاموس المحيط.درط.دار الجيل .بيروت،لبنان.د:ت. 04أجزاء.
176- قاسم القونوي:
أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء.ت:أحمد الكبيسي.ط:2.دار الكتب العلمية.بيروت.ت:1407ه/1987م.
177- سعد أبو حبيب:
القاموس الفقهي لغة واصطلاحا.ط:2.دار الفكر،دمشق.سوريا.ت:1408ه/1988م.

178- ياقوت الحموي:
معجم البلدان.درط.دار إحياء التراث العربي.بيروت،لبنان.د:ت. 08أجزاء

*الرسائل الجامعية والمجلات الدورية

الرسائل الجامعية:

179- خالد بابكر :
الباعث وأثره في التصرفات.رسالة ماجستير.جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية معهد الشريعة.ت:1414ه/1994م.الجزائر.

المجلات الدورية:

180- مجلة الأكاديمية. ع:06.المملكة المغربية.ت:1989م/1410ه.
181- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة:
ع:25.ت:1415ه/1994م.ع:27.ت:1416ه/1995م. المملكة العربية السعودية.
182- مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية:
كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية.ع:11.ت:1422ه/2002م.الجزائر.
183- مجلة الجامعة الإسلامية.ع:22.ت:1409ه/1989م.المدينة.المملكة العربية السعودية.
184- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية:
.ع:(1-2).ت:1952م/1954م.جامعة الإسكندرية.القاهرة.
185- مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات:
جامعة الزرقاء الأهلية.ع:01.ت:1424ه. 2003م.الأردن.
186- مجلة الموافقات.المعهد العالي لأصول الدين.ع:01.ت:1412ه/1992م.الجزائر.
187- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية:
جامعة الكويت .ع:3.ت:1405ه/1905ه. الكويت.
188- مجلة التجديد. الجامعة الإسلامية، ماليزيا. العدد: 1. ت: 1417ه/1997م.
189-الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية . العدد: 24. 1426ه/ 2005م.

*فهرس الموضوعات

مقدمة:..... 06

الفصل التمهيدي

المبحث الأول:الإمام الشاطبي :حياته وعصره .....

المطلب الأول: عصر الإمام الشاطبي 17

الفرع الأول:الجانب السياسي 17

الفرع الثاني:الجانب الاجتماعي 20

الفرع الثالث:الجانب الفكري والعلمي 23

المطلب الثاني: حياته الشخصية 27

الفرع الأول:المولد والنشأة..... 27

الفرع الثاني:طلبه للعلم وشيوخه 29

الفرع الثالث:محنته ووفاته 34

المطلب الثالث: مكانته العلمية 37

الفرع الأول: ثناء العلماء عليه 37

الفرع الثاني:تلامذته ومؤلفاته .....

39
الفرع الثالث:مظاهر التجديد الأصولي .....
44
المبحث الثاني: ضبط مصطلحات االبحث .....
المطلب الأول:مفهوم النظرية الفقهية .....
49
الف رع الأول:حقيق ة النظري ة .....
49

أولا: الحقيق ة اللغوي ة:.....
49
ثاني ا:الحقيق ة الاصـ طلاحية:.....
50
الفرع الثاني:العلاقة بين النظرية والقاعدة .....
52
أولا:حقيق ة القاع دة لغ ة:.....
52
ثاني ا: حقيق ة القاع دة اصـ طلاحا:.....
52
ثالث ا: الف رق بينهم ا.....
53
المطلب الثاني:مفهوم الحق بين الفقه والقانون .....
55
الف رع الأول: المـ ذاهب فـ ي الحق وق .....
55
أولا:فكرة الحق في المذهب الفردي:.....
56
ثانيا:فكرة الحق في المذهب الاجتماعي:.....
58
ثالثا:فكرة الحق في الفقه الإسلامي:.....
60
الف رع الث اني:مفه وم الح ق .....
63
أولا:مفه وم الح ق ف ي الفق ه:.....

63
- الحقيقة اللغوية:.....
63
- الحقيقة الاصطلاحية:.....
64
- العلاقة بين الحقيقتين:.....
68
ثانيا:مفهوم الحق عند فقهاء القانون:.....
68
- المذهب الشخصي:.....
68
- المذهب الموضوعي:.....
69
- المذهب المختلط:.....
69
- المذهب الحديث:.....
70
الفرع الثالث: الفرق بين الحق والإباحة.....
71
أولا: حقيقة الإباحة لغة:.....
71
ثانيا:حقيقة الإباحة اصطلاحا:.....
71
ثالثا: الفرق بينهما:.....
73
المطلب الثالث:مفهوم التعسف.....
75
الفرع الأول:حقيقة التعسف .....
75
أولا:حقيقته لغة:..... 75
ثانيا:حقيقته اصطلاحا:.....
76
الفرع الثاني: حقيقة التعدي .....
78

أولا:حقيقته لغة:..... 78
ثانيا:حقيقته اصطلاحا:.....
78
ثالثا:النسبة بين الحقيقتين:.....
79
الفرع الثالث:الفرق بين التعسف والتعدي .....
79
الفرع الرابع:ظهور النظرية وتطورها .....
82

الفصل الأول:
مبنى النظرية

المبحث الأول: نطاق التعسف .....
المطلب الأول:معالم فكرة الحق عند الشاطبي..... 88
الفرع الأول: فكرة الحق عند الأصوليين:.....
88
- حق الله:..... 89
- حق العبد:..... 90
- الحق المشترك:.....
91
الفرع الثاني: الشريعة أساس الحقوق.....
92
أقسام الحقوق عند الشاطبي:.....
94
- حق الله الخالص:.....
94
- ما اشترك فيه الحقان وحق العبد مغلب:.....
94
- ما اشترك فيه الحقان والمغلب حق الله .....
95
الفرع الثالث:غاية الحق المصلحة التي قصدها الشارع..... 99
أولا:الحق وسيلة:.....

99
ثانيا:الطبيعة المزدوجة للحقّ:.....
102
ثالثا:الوظيفة الاجتماعية للحق:.....
105
المطلب الثاني: الحريات العامة مقيدة بمصالحها..... 108
الفرع الأول: الحريات العامة من المباحات .....
108
الفرع الثاني: الحريات كالحقوق سواء بسواء.....
113
- فكرة الحق في القانون المدني الجزائري..... 118
خلاصة المبحث:.....
121
المبحث الثاني: أصل الباعث في التصرفات .....
المطلب الأول: مفهوم الباعث في الشريعة الإسلامية:..... 122
الفرع الأول:حقيقةالباعث:.....
122
ثانيا:التمييز بين الباعث وبين ما يشتبه به:.....
124
الفرع الثاني: الباعث في الشريعة كأصل لخلق يقيد الإرادة..... 127
المطلب الثاني: مكانة الإرادة في التصرفات .....
129
الفرع الأول: المقاصد معتبرة في التصرفات .....
129
الفرع الثاني: الأحكام مقيدة بمقاصدها .....
135
المطلب الثالث:مدى تأثير الباعث في التصرفات 138
الفرع الأول:أساس فكرة الباعث وأثرها.....

138
أولا:أسـ اس فكـ رة الباعـ ث .....
138
ثانيـ ا:أثـ ر الباعـ ث فـ ي الأعمـ ال .....
140
الفرع الثاني:معيار الباعث الذي يبطل التصرفات .....
143
خلاصـ ة المبحـ ث:.....
148
المبحث الثالث: أصل النظر في المآلات .....
المطلـ ب الأول:أصـ ل النظـ ر فـ ي المـ آلات مقصـ ود شرعا..... 149
الفرع الأول:حقيقة اعتبار المآل ومشروعيته:.....
149
أولا:حقيقـ ة اعتبـ ار المـ آل لغـ ة:.....
150
ثانيـ ا:حقيقتـ ه اصـ طلاحا:.....
150
ثالثـ ا:أدلـ ة الشـ اطبي فـ ي اعتبـ ار هـ ذا الأصـ ل.....
152
أولا: دليـ ل الاسـ تقراء:.....
152
ثانيـ ا: الـ دليل العقلـ ي:.....
154
الفرع الثاني:مسالك التحقيق في مآل الفعل.....
155
أولا:النظـ ر فـ ي الأيلولـ ة الفعليـ ة.....
156
ثانيـ ا:النظـ ر فـ ي العلاقـ ات العاديـ ة:.....
156
ثالثـ ا:النظـ ر فـ ي قصـ د الفاعـ ل:.....
158
الفرع الثالث:أثر المآل في تقييد التصرفات .....
159

المطلب الثاني:قواعد التنظير المآلي 163
الفرع الأول:قاعدة سد الذرائع 163
أولا:حقيقة سد الذرائع :..... 163
ثانيا:حقيقة سد الذرائع عند الشاطبي :..... 165
ثالثا:مبنى التعسف منبثق عن مبدأ سد الذرائع:..... 167
الفرع الثاني:قاعدة الاستحسان:..... 170
أولا:حقيقة الاستحسان لغة واصطلاحا:..... 170
ثانيا:حقيقة الاستحسان عند الشاطبي:..... 172
ثالثا:أصل الاستحسان للتيسير ومنع التعسف :..... 176
بعض القواعد المتفرعة عن أصل النظر في المآل:..... 179
خلاصة المبحث:..... 181
خاتمة الفصل:..... 182

الفصل الثاني:
معنى النظرية

المبحث الأول:التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله:.....
المطلب الأول: التكييف الفقهي للتعسف 186
الفرع الأول:حقيقة التعسف..... 186
الفقرة الأولى:..... 187

الفقرة الثانية:..... 188
الفقرة الثالثة:..... 189
الفقرة الرابعة:..... 189
تعريف التعسف:..... 190
الفرع الثاني:طبيعة التعسف 193
أولا:التعسف في بعض صوره تعدّ بطريق التسبب..... 193
ثانيا:تطور فكرة التعدي عند الشاطبي..... 196
ثالثا:قصور فكرة التعدي عن استيعاب جميع حالات التعسف..... 197
المطلب الثاني:تأصيل النظرية:..... 199
الفرع الأول:الأدلة من القرآن 199
الدليل الأول:..... 199
الدليل الثاني:..... 202
الفرع الثاني:الأدلة من السنة 204
الحديث الأول:..... 204
الحديث الثاني:..... 207
الفرع الثالث:الحيل أرقى مظاهر التعسف..... 209
أولا:حقيقة الحيل:..... 210

ثانيا:حقيقة الحيل عند الشاطبي:..... 211
ثالثا:التحايل انحراف بالحق عما شرع له:..... 214
خلاصة المبحث:..... 217
المبحث الثاني:أقسام التعسف .....
تمهيد:..... 218
المطلب الأول:التعسف باعتبار القصد..... 220
الحالة الأولى:..... 220
الحالة الثانية:..... 222
الحالة الثالثة:..... 224
المطلب الثاني: التعسف باعتبار المآل 228
الحالة الأولى:..... 228
الحالة الثانية:..... 230
الحالة الثالثة:..... 231
الحالة الرابعة:..... 233
المطلب الثالث:حالات التعسف في التقنيين المدني..... 236
الفرع الأول:طبيعة التعسف وأساسه 236
أولا: طبيعة التعسف في النص السابق 236
ثانيا:طبيعة التعسف في النص المعدل .....

238
ثالثا:الفرق بين النصين .....
239
الفرع الثاني:حالات التعسف .....
241
الحالة الأولى:.....
242
الحالة الثانية:.....
243
الحالة الثالثة:.....
244
خلاصة المبحث:.....
246
المبحث الثالث:أسس درء التعسف في استعمال الحق .....
المطلب الأول:أساس المصالح.....
247
الفرع الأول:المصالح معتبرة في الأحكام..... 247
أولا:المصلحة لغة:.....
247
ثانيا:المصلحة اصطلاحا:.....
248
الفرع الثاني:غائية الحق .....
252
المطلب الثاني:أساس الاستخلاف .....
255
الفرع الأول:عمارة الأرض الغاية المصلحية العليا..... 255
الفرع الثاني:الخلافة تقتضي تقييد استعمال الحقوق.....
258
المطلب الثالث: أساس التكافل الاجتماعي .....
260
الفرع الأول: قاعدة التعاون .....

261
الفرع الثاني: قاعدة الإيثار .....
266
خلاصة:.....
270
خلاصة الفصل.....
271
الخاتمة :.....
272
الفهارس العلمية:.....
277
فهرس الآيات القرآنية:.....
278
فهرس الأحاديث :.....
281
فهرس القواعد الفقهية:.....
282
فهرس الأعلام:.....
283
فهرس المصادر والمراجع:.....
285
فهرس الموضوعات: .....
303

بسم الله الرحمان الرحيم

كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية
جامعة وهران-السانيا-

قسم العلوم الإسلامية
تخصص الفقه وأصوله

ملخص رسالة:

نظرية التعسّف في استعمال الحقّ عند الإمام الشّاطبي

"مبناها ومعناها"

للطالب:
بدرالدين عماري

إشراف الأستاذ:
د:أحسن زقور
مساعد مشرف:
د:ليلى جمعي

-2007/2006-

بسم الله الرحمان الرحيم

الحمد لله رب العالمين كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ،وكما يحب ربنا ويرضى والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آل وصحبه وبعد:

فإن الشريعة المحمدية المباركة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد،وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصلحة كلها وحكمة كلها،فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة في شيء وإن ادعى مدع أنها منها ،..فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه،وظله في أرضه...

وشريعة الإسلام محققة بأصولها وفروعها،جزئياتها وكلياتها روح العدالة والإنصاف، ومن تتبع الشريعة في مصادرها ومواردها علم أنها شريعة تسعى إلى تحقيق العدل المطلق المتمثل في أداء الحقوق وعدم الظلم ،والإحسان في المعاملات والتصرفات، ورفع التعسف جملة وتفصيلا .

والشريعة بعد هذا كله هي شريعة دينية الصبغة تقيم للمبادئ الخلقية والقيم الإنسانية المقام الأول في التشريع...

فشريعة مبناها الحكم ومصالح العباد،وفلسفتها العدل والاعتدال،وصبغتها المبادئ الخلقية والقيم الإنسانية..شريعة هذا حالها، وهذه فروعها ومقاصدها، كانت تربة خصبة لتشييد نظريات فقهية ذات معايير منضبطة وأصول مطردة **" كنظرية التعسف في استعمال الحق"** التي نمت وترعرعت بين أحضانها ، لتمثل هذه النظرية بحق أنموذجا فاضلا للنزعة الخلقية في التشريـع الإسلامي والتي كان لها الفضل في الإبقاء على فكرة الحق على ضوء من المقاصد العامة والقواعد المحكمة ...

كل هذا يبين لنا شرف سبق الشريعة وتأصيلها لهذه النظرية منذ فجر الرسالة المحمدية، وأنها نسيج وحدها في ميدانها، حتى استوت هذه النظرية على سوقها، أصلها ثابت وفرعها في السماء، ناشرة ألويتها على عالم الحقوق، ضاربة أطنابها على شتى الميادين منتعشة الجذور وارفة الظلال على يد عالم من علماء الشريعة الغراء هو أبو إسحاق إبراهيم ابن موسى الغرناطي ألشاطبي المالكي .

لماذا أبو إسحاق ألشاطبي؟

الحقّ أذي وجدت نفسي بين يدي إمام وكتاب...إمام علامة محقق نظارة،كان من أفراد العلماء المحققين الإثبات، و أكابر الأئمة المتفننين الثقات ولعل أهم ملحظ على مؤلفات الإمام هو ربطه الترجبح والاختيار في مسائل الخلاف بالنظر إلى مقاصد الشريعة وتنقيحها وتحقيقها والتدقيق فيها.وإذا كانت هذه الالتفاتة النفيسة ملحوظة في كتابات الشاطبي ،فإن محطّ الرحل فيها هو كتابه الفريد الفارد الموافقات..

وهو كتاب جليل القدر،وضعه مؤلفه في علم أصول الفقه، ولم ينح فيه منحى المؤلفين قبله، ممّن ركّز منهم مباحثه على المنطق والفلسفة وعلم الكلام،بل جعل همّه فيه علم أسرار الشريعة واللغة التي نزلت بها، مع استطلاع الحكمة من مراعاة الأهداف والمقاصد التي رامها الشارع في التشريع

لم تقف به الهمّة في التجديد والعمارة لهذا الفنّ عند حدّ تأصيل القواعد وتأسيس الكليات المتضمنّة لمقاصد الشارع في وضع الشريعة، بل جال في تفاصيل مباحث الكتاب أوسع مجال،وتوصل باستقرائها إلى استخراج دُرر غوال، لها أوثق صلة بروح الشريعة، وأعرق نسب بعلم الأصول.

ومن هده الدرر ما حوته نادرته الموافقات من نظريات فقهية كنظرية الحق ونظرية الباعث ونظرية التعسف في استعمال الحق..هذه الأخيرة التي أبدع الإمام في تقريرها جاعلا أصل النظر فيها مبني على كليات قطعية تشهد لها عموم النصوص بالاعتبار..

فأصل الباعث في التصرفات أصل قامت عليه الأدلة من العقل والنقل تصرّح أن المقاصد معتبرة في التصرفات ،وأن المطلوب من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع ،وإلا فقد ناقض الشارع،ومناقضة الشارع عين التعسف..

وأصل النظر في المآلات مقصود معتبر شرعا،ومن هنا كانت الحقوق محكومة بنتائجها تحقيقا للعدل والمصلحة اللذين هما غاية التشريع ، ومناقضة هذه الغاية عين التعسف..

وبين هذا الأصل وذاك: يقرّر الإمام أن الأمر الجائز بمقتضى حق أو إباحة لا يؤدي بذاته عند استعماله إلى أي مفسدة ،وإلا فكيف يبيحه الشارع ويأذن فيه،ولكن يتصوّر أداؤه إلى المفسدة والضرر بسبب أفعال المكلفين الخارجية الناشئة إما من القصد المناقض لمقاصد التشريع، وإما من المآل المفضي إلى غير الغاية التي قصدها الشارع في التشريع.

منهج البحث : الحق،أن طبيعة المادة المدروسة هي التي تحدد منهج بحثها ، ومن هنا كان المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج الاستدلالي القائم على التحليل والاستنتاج، وذلك بعرض النصوص والآراء مع تحليلها ومقارنتها، ثم استخلاص المبادئ والقواعد التي تبناها الشاطبي وارتضاها لتأصيل هذه النظرية وحتى يتم تحقيق هذه المبادئ والمعالم ،وتحرّي بسطها ؛واستقصاء تفاريعها،لا بدّ من استقرائها من موارد الشريعة فيها-أي كلياتها-،إذ أنه لا يكفي النظر في الجزئيات دون النظر إلى كليات الشريعة،وإلا لتضاربت بين أيدينا الجزئيات،وعارض بعضها بعضا في ظاهر الأمر..فالواجب إذن اعتبار الجزئيات بالكليات ؛شأن الجزئيات مع كلياتها في كل نوع من أنواع الموجودات .ومن هنا جاءت دراسة النظرية مقيدة"بمبناها ومعناها".

خطة البحث:

لاستخراج ما تيسّر من قواعد النظرية وأصولها ،لا بدّ من استقراء المادة العلمية من مراجعها الأصلية ،ومحاولة جمعها وعرضها عرضا مناسبا في كل فقرة من فقرات البحث، بالاعتماد في هذا – بعد عون الله-

على مؤلفات الإمام خاصة، وعلى ما كتب حول مقاصد الشريعة وأهداف التشريع عامة، ومن هنا جاءت الدراسة في فصلين اثنين :

أما الأول : فتعرض للأسس والمبادئ التي بنى عليها أبو إسحاق الشاطبي نظريته، مع تحديد نطاقها الذي تدرس فيه، وذلك من خلال ثلاثة مباحث ،الأول في تحديد نطاق التعسف والثاني خصص لدراسة الأصل الأول وهو أصل الباعث في التصرفات، والثالث خصص لدراسة الأصل الثاني وهو أصل النظر في المآلات وقواعده المتفرعة عنه،والتي انبثق عنها مبنى التعسف.

وأما الفصل الثاني ، فتناول معنى النظرية ، وذلك في ثلاثة مباحث: الأول في تكييف التعسف وتأصيله . والثاني في أقسام التعسف من خلال تحديد حالات التعسف وحكم كل حالة منها حسبما قسمها الإمام، والثالث في بيان الضوابط التي استند إليها الشاطبي لدرء التعسف في استعمال الحق. مع الإشارة إلى موقف المشرع الجزائري في القانون المدني من التعسف وحالاته التي ذكرها ؛ مقارنة موجزة مختصرة مع كلام الشاطبي وتأصيله لمعايير وضوابط النظرية .

وقد قدّمت بين يدي هذين الفصلين فصلا آخر تمهيديا ، تناول الحديث عن الإمام الشاطبي وضبط المصطلحات التي عليها مدار البحث. وكانت نهاية المطاف في مضمار البحث خاتمة تضمنت جملة النتائج التي أمكن استخلاصها،مع بعض التوصيات التي يقتضيها المقام..

أما النتائج التي يمكن استخلاصها من خلال هذه الدراسة فهي:

أولا:إن الشاطبي باعتماده على هذين الأصلين- الباعث والمآل- في تقرير النظرية، قد أثبت لها كيانا ذاتيا مستقلا عن نظرية التعدي في الفقه الإسلامي.فلم يكتف بحسن النية أو شرف الباعث وطهارته كما كان عليه الشأن في الفقه الغربي عند بداية تقريره للنظرية،بل زاد على ذلك اعتبار النظر الموضوعي من حيث إقامة الموازنة بين المصالح والمفاسد التي يؤول إليها استعمال الحق،فيقدم درء المفاسد على جلب المصالح ،وتقدم المصلحة العامة على الخاصة مع رعاية المصلحة الخاصة..

ثانيا: إن الشاطبي إذ يربط فكرة استعمال الحق -قصدا أو مآلا- بغايتها وهي تحقيق العدل والمصلحة،يظهر حقيقة العدل الذي جاءت الشريعة لتحقيقه،فليس هو مجرد العدل الخاص الذي يقوم على أساس التكافؤ بين الأفراد فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ،وليس هو مجرد العدل العام الذي يقوم على أساس سيطرة الكل على الجزء ،فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح الخاص،وإنما هو مزاج بين هذا العدل وذاك .ففكرة العدل الحق متراوحة بينتحقيق التكافؤ بين الأفراد بوصفهم أفرادا ، وبين تحقيق المصلحة للجماعة على الأفراد خدمة للصالح العام.

ثالثا: إن الشاطبي باعتماده لتأصيل نظرية التعسف: على أصل الباعث في التصرفات ،وهو أصل ذاتي خلقي .وأصل النظر في المآلات، وهو أصل موضوعي مادي. يثبت أن الفقه الإسلامي فقه **تقويمي لا تقريري** ، فليس هو مجرد قواعد تنظيمية توازن بين المصالح المتضاربة فيما بينها،فتغلّب بعضها على بعض بالنظر إلى مآلها ،بل هو -إلى ذلك أو قبل ذلك – **فقه تقويمي** يعتمد في قواعده على مصادر سماوية ،تقيم للمبادئ الخلقية والمثل العليا المقام الأول في التشريع. ليبرز بذلك إقامة نظرية التعسف على النزعة الخلقية في التشريع الإسلامي..

رابعا: إن الشاطبي ومن خلال ربطه لنظرية التعسف بمقاصد الشارع من جهة ، ومقاصد المكلف من جهة ثانية،**يبرز ضرورة استحضار المقاصد الشرعية والعمل على دمجها في سلك وظيفتها التكميلية** ،الشيء الذي يدل على أن إبداعه وتجديده لا يكمن في إثارة القضايا الضرورية فحسب،بل وفي كيفية معالجتها وإخضاعها لنظرية المقاصد ،مبرزا بذلك علم المقاصد في الشريعة بأنه في ذاته فقه في الدين ،وعلم بنظام الشريعة ،ووقوف على أسس التشريع،علم تسكن إليه النفوس ،ويطرد ما يلم بها من الخواطر، ويجمع ما زاغ من المدارك،فللّه درّه ما أفاد الشريعة هذا الإمام رضي الله عنه.

وأخيرا: فإن الشاطبي إذ يربط التعسف في استعمال الحقوق بمناقضة الغاية التي جاءت الشريعة لتحقيقها **وهي إقامة العدل والمصلحة**، يجلي كيف كانت شريعة الله مبنية على مصالح العباد،وأنها نظام عام لجميع

البشر ،وأن هذه الشريعة كما يقول خاصيتها السماح ،وشأنها الرفق ،تحمل الجمّاء الغفير ضعيفا وقويا،وتهدي الكافة فهيما وغبيا.

كانت هذه جملة النتائج المتوصل إليها.أما التوصيات فيقال:

أولا: إن الدراسة العلمية تفرض على الباحثين -في هذا العصر- تقليب النظر في التراث العلمي الذي ورّثه لنا الراسخون من أسلافنا،وإعادة صياغته صياغة تتوافق ومقتضيات العصر ،من حيث إنها-أي هذه الدراسات- تبرز الكليات التي يقوم عليها هذا الفقه ،وتنزيل هذه الكليات على الجزئيات.

ثانيا: إن هذا العصر بتطوراته السريعة ومشاكله المختلفة ،يفرض على الدارسين في المجال الشرعي الاهتمام بالمقاصد الشرعية ،باعتبارها الإطار العام والمسلك الشمولي،فكان لا بد إذ ذاك أن تتجه همة الدارسين إلى إبراز فلسفة التشريع الإسلامي -**بمقوماته وكلياته**-على أن يكون الرائد الأعظم كما يقول ابن عاشور- هو" الإنصاف ونبذ التعصب لبادئ الرأي أو لسابق الاجتهاد أو لقول إمام". والله تعالى أعلم ونسبة العلم إليه أسلم.