

معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الوادي

محاضرات في مقياس:

النظريات الفقهية

السداسي الثاني

إعداد:

د. ميلود ليفة

السنة: أولى ماستر

تخصص: معاملات مالية معاصرة

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمهيد:

إن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العادلة الصالحة لكل زمان ومكان، وباعتبارها خاتمة الشرائع الإلهية فقد جاءت بما فيه تحقيق الخير والمصلحة للفرد والمجتمع في العاجل والآجل، في نظام بديع وتناسق محكم يدل على كمال الله عز وجل مشرع هذه الشريعة للعالمين، قال تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: 14].

ومما يدل على رعايتها لمصالح الأفراد أن شرعت للمكلف ترك بعض الواجبات الشرعية وفعل بعض المنهيات والمحرمات إذا ألجأت الضرورة الكلف إلى ذلك، ولذا قد سطر الفقهاء أحكام ذلك وضوابطه بما بات يعرف بـ (نظرية الضرورة).

ومما يدل على رعايتها لمصالح المجتمعات كذلك أن منعت المكلف من استعمال حقه إذا أدى ذلك إلى الإضرار بالآخرين، وقد صاغ الفقهاء أحكام ذلك بما يعرف في العصر الحديث بـ (نظرية التعسف في استعمال الحق).

وفيما يلي سنتطرق إلى تفصيل أحكام هاتين النظريتين من نظريات الفقه الإسلامي.

بَابُ الضَّرُورَةِ

معنى الضرورة في اللغة والاصطلاح.

أولاً: معنى الضرورة في اللغة.

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، ومعناها: الاحتياج إلى الشيء، يقال: اضطره إلى كذا، أي: أحوجه إليه، وأجأه فاضطر، ويقال: الضرورة، والضاورة، والضاوراء، والجمع: ضرورات.

والخلاصة أن: الضرورة في اللغة تأتي على معانٍ من أهمها ما يلي:

الأول: الضرورة بمعنى الحاجة، يقال: رجل ذو ضرورة أي: حاجة.

قال ابن منظور: «ورجل ذو ضارورة وضرورة أي: ذو حاجة وقد اضطرَّ إلى الشيء أي أُجِّئَ إليه»
الثاني: الضرورة بمعنى: الضيق، يقال: اضطرَّ فلان إلى كذا يعني: ضاق به الأمر حتى اضطرَّ إلى كذا.

الثالث: الضرورة بمعنى المشقة.

الرابع: الضرورة بمعنى الضرر، أو المبالغة في الضرر.

ثانياً: معنى الضرورة في الاصطلاح

عرف الفقهاء الضرورة بتعريفات متعددة من أهمها ما يلي:

التعريف الأول: تعريف الجصاص الحنفي قال: «الضرورة هي خوف الضرر على نفسه، أو بعض أعضائه بترك الأكل».

وقد انطوى تحته معنيان:

أحدهما: أن يحصل في وضع لا يجد غير الميتة.

والثاني: أن يكون غيرها موجوداً، ولكنه أكره على أكلها بوعيد يخاف منه تلف نفسه، أو تلف بعض أعضائه.

التعريف الثاني: تعريف الحموي في حاشيته على الأشباه والنظائر لابن نجيم حيث قال: «بلوغ المكلف حداً إن لم يتناول

الممنوع (الحرم) هلك أو قارب» يعني: أنها حالة إذا وصل إليها المكلف، ولم يتناول المحذور، أو الحرام هلك يقيناً، أو قارب الهلاك.

التعريف الثالث: تعريف الشيخ الدردير من المالكية قال: «الخوف على النفس من الهلاك، علماً، أو ظناً» وقال أيضاً:

«هي حفظ النفوس من الهلاك، أو شدة الضرر».

التعريف الرابع: تعريف السيوطي من الشافعية قال: «بلوغ المكلف حداً إن لم يفعل الممنوع هلك أو قارب» يعني: قارب

الهلاك، ثم قال: «وهذا يبيح تناول الحرام».

وعند الحنابلة: إن الضرورة «أن يخاف تلفاً، أو ضرراً، أو مرضاً، أو انقطاعاً عن الرفقة يخشى معه الهلاك»

نخلص من هذه التعريفات إلى ما يلي:

أولاً: أن تعريفات الفقهاء للضرورة متقاربة إلى حد كبير.

ثانيا: أن معاني الضرورة تدور كلها حول دفع الضرر عن النفس، وما دونها، وأرى أن الضرورة أعم من ذلك، حيث إنها تشمل دفع الضرر عن الأنفس، والأعراض والأموال والأديان والأوطان علما (أي: قطعاً) أو ظناً. فلا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت.

ولهذا فالأحسن أن يقال في تعريفها: أنها الحالة التي إذا وصل إليها المكلف، أبيح له فعل الحرام؛ لتشمل ضرورة دفع الاعتداء بكل صورته وأشكاله.

أدلة مشروعية مبدأ الضرورة

لقد توافرت الأدلة الشرعية من الكتاب، والسنة، والمعقول على إباحة الضرورات للمحظورات، ومن أهم تلك الأدلة ما

يلي:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم على اعتبار الضرورات تبيح المحظورات:

ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة تفيد اعتبار الضرورة لإباحة المحظور، ومن ذلك ما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: 173].

وجه الدلالة من الآية أن: من حلت به ضرورة أي: مجاعة - وهو بالصفة التي وصفنا - فلا إثم عليه في أكله إن أكله، واشترط في إباحة الميتة للضرورة ألا يكون باغياً.

وقد روي عن ابن عباس في معنى قوله: (فمن اضطر) يعني: إلى شيء مما حرم غير باغ، ولا عاد يقول: «من أكل شيئاً من هذه وهو مضطر فلا حرج، ومن أكله وهو غير مضطر، فقد بغى واعتدى» ومن خرج باغياً، أو عادياً أو في معصية الله فلا رخصة له، وإن اضطر إليه.

قال السعدي: «وفي هذه الآية دليل على القاعدة المشهورة: "الضرورات تبيح المحظورات" فكل محظور، اضطر إليه الإنسان، فقد أباحه له، الملك الرحمن. فله الحمد والشكر، أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً»

ب- قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكَ فِيسِقَ الْيَوْمَ يَنَسُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَحْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: 3].

ج- قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾ [الأنعام: 119].

د- قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: 145] ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رَجَسٌ أَوْ فَسَقًا أَهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: 145]

هـ - قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النحل: 115].

فهذه الآيات على مجموعها تدل جملة وتفصيلا على أن: الضرورات تبيح المحظورات، فقد دلت على تحريم الميتة، واستثنى ما وقع الاضطرار إليه، فإذا اندفعت الضرورة لم يحل الأكل كحالة الابتداء.

ثانيا: الأدلة من السنة على أن: الضرورات تبيح المحظورات: دلت أحاديث كثيرة على أن الضرورات تبيح المحظورات. ومن أهم تلك الأحاديث ما يلي:

أ- قوله ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار))

وجه الدلالة من الحديث هو: وجوب إزالة الضرر، ومن ثم يزال الضرر، ولو بإباحة المحظورات.

ب- عن أنس بن مالك ﷺ قال: «رَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ، وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ لِحِكْمَةٍ كَانَتْ بِيَمَانِهِمَا». (الحكمة) هي الجرب أو نحوه

وجه الدلالة: أن لبس الحرير محرم على الرجال، لكن الرسول ﷺ رخص لبسه للضرورة.

ج- وعن جابر بن سمرة، أن رجلا، نزل الحرة ومعه أهله وولده فقال رجل إن ناقة لي ضلت فإن وجدتها فأمسكها فوجدتها، فلم يجد صاحبها فمرضت فقالت امرأته: أنحرها فأبى فنفتت (أي: ماتت الناقة) فقالت: اسلخها حتى نقتد شحمها، ولحمها، ونأكله، فقال: حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: فأتاه فسأله فقال «هل عندك غني يغنيك؟»، قال: لا قال: «فكلوها» قال: فجاء صاحبها فأخبره الخبر فقال: هلا كنت نحرتمها قال: استحيت منك. رواه أبو داود وحسنه الألباني.

وجه الدلالة: دل الحديث على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة إذا لم يجد غيرها.

ثالثا: دلت القواعد العامة للتشريع الإسلامي على أن الضرورات الشرعية تبيح المحظورات، وأن اعتبار هذه القاعدة يتفق مع الأصول العامة للتشريع مثل: دفع الحرج والمشقة عن المكلفين، وبناء الأحكام على التخفيف والتيسير ونحو ذلك.

حالات الضرورة:

قسم الفقهاء الضرورة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ضرورة يجب فعلها. مثل: أكل الميتة للمضطر، فإنه يجب عليه تناول من الميتة؛ لدفع الهلاك، وإلا أثم؛ ولذلك فإنه إذا خاف التلف وجب عليه الأكل، ويكون الحكم في حقه من حيث هذا المعنى عزيمة، ويسمى رخصة من جهة رفع الحرج عن نفسه.

القسم الثاني: ضرورة يباح فعلها: كإجراء كلمة الكفر على اللسان عند الإكراه، فيجوز العمل بالضرورة؛ لوجود الإذن في ارتكاب المحذور وهو كلمة الكفر باللسان، ولكن يبقى المحذور على ما هو عليه من الحرمة والخطر، ولا يصير جائزا؛ لأن حرمة الكفر مؤبدة، فالمرفوع عنه هنا هو الإثم والمؤاخذة الأخروية فقط؛ ولذلك فإن المكروه هنا لو صبر حتى قتل كان شهيدا؛ لأنه مازال مشمولاً بدليل العزيمة.

والفرق بين القسمين أن: الرخصة في القسم الأول رخصة سقوط التحريم؛ لأن الله تعالى استثنى من التحريم، أما الرخصة في القسم الثاني رخصة شرفية مع قيام الحظر لحق المالك، فيصير بالصبر عليها مقيما حكم الله فلا إثم عليه. وهذا معناه أن: المحظورات التي تبيحها الضرورة على نوعين وهما:

النوع الأول: محذور تسقط حرمة نثائيا: كالأكل من الميتة.

النوع الثاني: محذور باق على حرمة، وقد رفعت الضرورة المؤاخذة عنه في الآخرة فقط مثل: التلفظ بكلم الكفر، وأكل

مال الغير.

القسم الثالث: ضرورة يجرم فعلها نحو: الإكراه على قتل المسلم، أو قطع عضو منه بغير حق، أو الزنا ونحو ذلك فهذا القسم من المحظورات لا تؤثر فيه الضرورات الشرعية، ولا يباح بالضرورة.

ضوابط الضرورات التي تبيح المحظورات

ليست كل حالة شديدة تطراً على المكلف تكون ضرورة تبيح له فعل المحظور، وإنما للضرورة ضوابط يجب توافرها؛ حتى تكون سبباً لإباحة المحظور، ومن أجل أن توضع قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" في مسارها الصحيح، وضع الفقهاء ضوابط يجب توافرها؛ حتى يتحقق الأثر الشرعي للقاعدة وهو إباحة المحظور للمكلف، وهذه الضوابط تتلخص في خمسة ضوابط، وهي كما يلي:

الضابط الأول: أن تكون الضرورة قائمة بالفعل.

الضابط الثاني: أن تكون الضرورة ملجئة.

الضابط الثالث: أن تقدّر الضرورة بقدرها.

الضابط الرابع: تعذر دفع الضرورة بوسيلة أخرى غير فعل المحظور.

الضابط الخامس: ألا يترتب على العمل بالضرورة ضرر أكبر من الضرر الحاصل بها.

الضابط الأول: أن تكون الضرورة متحققة بالفعل

يعني هذا الضابط أن تكون ضرورة حقيقية وواقعية، بأن يتيقن المكلف، أو يغلب على ظنه أنه إذا لم يرتكب المحظور، فسيلحقه ضرر مؤدي إلى الهلاك، فلا بد من تقدير وقوع الضرر من القطع والجزم بذلك، أو على الأقل حصول الظن الغالب.

والدليل على هذا الضابط: ما قرره الفقهاء من قواعد كلية تفيد أن الأحكام الشرعية لا تناط بالظن وإنما باليقين، ومن ذلك قولهم: "أن الرخص لا تناط بالشك"، ومن ثمّ فالضرورات لا تناط بالشك، أو لا تعمل عملها بالشك، وإنما باليقين، ولا عبرة بالأوهام، ولا الظنون المرجوحة والاحتمالات البعيدة.

الضابط الثاني: أن تكون الضرورة ملجئة.

يعني أن يتحقق فيها الاضطرار، بحيث يخشى منها تلف النفس، أو الأعضاء، أو أحد الضروريات الخمس الواجب الحفاظ عليها ورعايتها، وهي: الدين، والنفس، والعرض، والمال، والعقل كما سبق؛ لأن قوام الحياة بدونها كلها، أو بعضها متعذر، فكان في المساس بها إخلال للعدل، ومن ثمّ كان لها أثرها في إباحة المحظورات.

حد الضرورة التي تبيح المحظور: لا خلاف أن الجوع القوي لا يكفي لتناول الحرام، ولا خلاف أنه لا يجب الامتناع إلى أن يشرف على الموت، فإن الأكل حينئذ لا ينفع، ولو انتهى إلى تلك الحالة لم يحل له الأكل، فإنه غير مفيد، ولا خلاف في الحل إذا كان يخاف على نفسه، لو لم يأكل من جوع، أو ضعف عن المشي، أو الركوب أو ينقطع عن رفقته، ويضيع ونحو ذلك، فلو خاف حدوث مرض مخيف جنسه، فهو كخوف الموت، وإن خاف طول المرض فكذلك.

الضابط الثالث: أن تقدّر الضرورة بقدرها

ويتحقق هذا الضابط بشرطين:

الشرط الأول: ألا يتناول من المحظور إلا بقدر ما يدفع الضرر فقط، فإن استرسل، أو توسع حرم قطعاً.

والعلة في ذلك أن: المضطر إنما جاز له أن يتناول الحرام بقدر ما يزيل عنه الضرورة، فلا يباح له إلا بالقدر الذي تندفع به؛ لأن ما زاد عن ذلك القدر لا يصدق عليه حالة الضرورة، فيبني على التحريم.

والدليل على هذا الاشتراط قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النحل: 115].

وجه الدلالة: أن تناول من المحذور أكثر مما يزيل الضرورة بغى وعدواناً، فالباغي هو الذي يأكل من الميتة فوق الحاجة، والعادي هو: الذي يتناول من المحذور مع وجود غيره.

ومن الفروع والتطبيقات التي تنفرع على ذلك الشرط ما يلي:

1- أن المضطر لا يأكل من الميتة فوق ما يسد رمقه، وإلا كان متناولاً للحرام.

2- أن من استشير في خاطب، ففهم أن المستشير يكتفي له بالتعريض كقوله له: لا يصلح لك ذلك الرجل. لم يجز له أن

يعدل للتصريح.

3- أن الطبيب يجوز أن ينظر إلى العورة عند الحاجة، وكذلك يجوز للمرأة والرجل أن ينظرا إلى عورة الرجل عند الضرورة، وتقدر بقدرها، فلا يجوز له الزيادة عن قدر الحاجة.

الشرط الثاني: أن يتقدر زمن إباحة المحذور بقدر بقاء الضرورة. وهذا المعنى يفيد أن: الضرورة علة وسبب لإباحة المحذور، والحكم يرتبط وجوده بالعلة، فإذا زالت الضرورة زالت الإباحة، وهي الحكم المرتبط وجوده بوجودها، ولا يجوز العمل به في حالة عدم وجود الضرورة. **والسبب في ذلك أن:** الضرورة بدل الأصل المتعذر، فإذا زال العذر، أمكن العمل بالأصل، ولا يجوز العمل بالخلف والبدل في وقت واحد؛ لأنه لا يجمع بين البدل والمبدل منه.

واجب المسلم نحو الضرورة: يجب على المسلم نحو الضرورة أمران:

أولهما: يجب ألا يتسبب المسلم لإيقاع نفسه في الضرورة، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195]، وهذا معناه أنه: لو أتلف ماله وهو يعلم أنه سيضطر بعد إتلافه إلى أكل المحرمات، يكون آثماً. وكذلك: يحرم عليه أن يؤدي بنفسه إلى الموت عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾.

ثانيهما: يجب على المسلم التخلص من الضرورة وإزالتها. بمعنى: أنه يسعى بكل جهده للتخلص من الضرورة، وعدم الاستسلام لها؛ لأن المضطر إذا لم يسع للخروج من الضرورة يكون آثماً.

الضابط الرابع: تعذر دفع الضرورة بوسيلة أخرى غير فعل المحذور.

ويتحقق ذلك بأن يتعين ارتكاب المحذور وسيلة لدفع الضرر، بحيث لا يستطيع المكلف دفع الضرورة إلا بارتكاب المحذور، ومتى استطاع أن يزيل الضرر بوسيلة أخرى مباحة امتنع عليه ارتكاب المحذور.

والدليل على هذا الضابط: قوله ﷺ لعمران بن حصين رضي الله عنه عندما كانت به بواسير، فسأل النبي ﷺ عن الصلاة فقال: ((صل قائماً فإن لم تستطع، فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى جنب))

وجه الدلالة: أن عدم استطاعة الصلاة قائماً، لم يبيح الصلاة على جنب، وإنما أباح أولاً الصلاة قاعداً، ثم عدم استطاعة الصلاة قاعداً، أباحت الصلاة على جنب وهكذا لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

الضابط الخامس: ألا يترتب على العمل بالضرورة ضرر أكبر من الضرر الحاصل بها:

هذا الضابط معنى قاعدة فقهية من القواعد المكملة لقاعدة: "الضرر يزال" وهي قاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر" فالضرر يجب إزالته لكن لا يزال بضرر مماثل، ولا بضرر أكبر منه، وإنما يزال الضرر بضرر أدنى منه فقط. وهذا يجعل قاعدة: "الضرورات

تبيح المحظورات " ترتبط ارتباطاً وثيقاً بقاعدة تعارض المفسد بعضها مع بعض، والموازنة بينهما؛ من أجل إزالة المفسدة من غير أن يترتب على إزالتها مفسدة أعظم منها، أو مساوية لها، فإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً؛ لارتكاب أخفهما، وإلا فلا معنى لإزالة مفسدة بمفسدة مساوية، أو أكبر منها؛ لأنه عند إزالة الضرر بالضرر الأكبر أو المساوي لا يقال: إن الضرر قد زال؛ لأنه ما زال باقياً. ولهذا قيّد الفقهاء قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" بقيد مهم، وهو: بشرط عدم نقصان الضرورة عن المحظور؛ ليخرج ما لو كان الميت نبياً، فإنه لا يحل أكله للمضطر؛ لأن حرمة أعظم في نظر الشرع من حاجة المضطر. وكذلك في حالات الإكراه على الزنا والقتل لا يباح واحد منهما بالإكراه؛ لأن المفسدة فيهما مساوية أو أزيد من الضرورة.

قواعد فقهية في نظرية الضرورة

الضرورة تقدر بقدرها

معنى القاعدة أن الضرورة المبيحة للمحرم لا تبيح منه إلا بمقدار ما تندفع به وتزول، فإذا زال الخطر واندفع الهلاك أو المشقة عاد المحرم إلى أصله وهو عدم جواز ارتكابه؛ وذلك لأن ارتكاب المحرم للضرورة هو رخصة شرعها الله تعالى للمضطرين، فيجب أن لا تتعدى محلها وتتجاوز موضعها؛ لأن المكلف إذا تجاوز بها موضعها فهو مرتكب للحرام من غير ضرورة، فيكون أثماً، من باب أن الدوام على الشيء كابتدائه، فالجائع المضطر له أن يأكل من الميتة بقدر ما يدفع عنه خطر الهلاك، فإذا اندفع عنه لم يحل له الأكل بعد ذلك، فإن تبادى على الأكل فهو كمن أكل الميتة ابتداء من غير اضطرار.

وهذه القاعدة مقيدة لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" ومعنى ذلك أن جواز ارتكاب المحرم عند الضرورة ليس على إطلاقه بل هو مقيد بحال الضرورة وحجمها ومقدار خطرهما، فالنظر إلى العورة محرم، ويجوز للطبيب الإقدام عليه لضرورة العلاج، لكن إنما يباح له من ذلك ما تمس إليه الحاجة وهو موضع العلاج. ومما يدخل في تقدير الضرورة بقدرها أنها إذا زالت واندفعت وجب أن يرتفع حكم الإباحة ويصار إلى الأصل وهو الحرمة؛ لأن علة الإباحة هي وجود الضرورة فمتى اندفعت الضرورة ارتفعت الإباحة، ولذلك جاء من صيغ القاعدة أن الضرورة إذا اندفعت لم يباح لها ما وراءها.

وتقدير الضرورة، ومعرفة حجمها يختلف عند الفقهاء - باختلاف حال المكلف ونوع المحظور المضطر إلى ارتكابه، والضابط في ذلك عندهم أنها تقدر بما يحقق اندفاع الخطر عنه، فإذا أيقن المكلف أو غلب على ظنه أن الضرر قد زال والخطر قد اندفع فذلك هو الحد الذي يجب ألا يتماذى معه في ارتكاب المحرم، ومن النماذج التي يمكن الاحتذاء بها والقياس عليها في تفصيل هذا الضابط وتنزيله على وقائع الحياة ما نقل عنهم في جواز أكل الميتة للمضطر، فقد ذكروا في ذلك مقياسين لضبط الضرورة في هذا المثال وهما:

1- يجوز للمضطر أن يأكل من الميتة بقدر ما يسد به رمقه. وهذا هو الحد الأدنى من ارتكاب محظور أكل الميتة، ولا خلاف بين الفقهاء في جواز ذلك، وإنما الخلاف فيما زاد عليه.

2- يجوز له أن يأكل منها إلى حد الشبع، واشتهر بالقول بذلك الإمام مالك وجاء عنه قوله يستحسن ذلك "إن أحسن ما سمع في الرجل يضطر إلى الميتة أنه يأكل منها حتى يشبع ويتزود منها، فإن وجد عنها غنى طرحها".

ومع اختلاف الفقهاء في تحديد مقدار الضرورة الذي يجب مراعاته في ارتكاب المحرم، فإنهم قد اتفقوا جميعاً على أصل القاعدة وأنه لا يجوز للمكلف ارتكاب المحرم عند قيام الضرورة إلا بمقدار ما يدفع عنه خطر الهلاك.

ومجال تطبيقها جميع ما أباحت الضرورات من المحرمات في العبادات، والعبادات، والمعاملات

أدلة القاعدة:

- 1- قوله تعالى ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: 173]. فجعل سبحانه وتعالى نفي الإثم عن المضطر إلى أكل الميتة وغيرها من المحرمات مقيدا بانتفاء البغي والعدوان عنه، وقد ذهب كثير من المفسرين إلى أن المراد بالبغي في هذه الآية ونظائرها مجاوزة حد الضرورة إلى حد الاختيار. ووجه الاستدلال أي إباحة الأكل من الميتة ونحوها للمضطر مشروطة بأن لا يكون باغيا أي مجاوزا لحد الضرورة، وإنما له أن يأكل منها بقدر ما تندفع به ضرورته.
- 2- لأن ارتكاب المحرم للضرورة رخصة، والأصل في الرخص الشرعية أن تقصر على محلها ولا تتعداه إلى غيره.
- 3- لأن الزيادة على مقدار الضرورة في ارتكاب المحرم للمضطر، هي توسع في الحرام
- 4 - قاعدة "الدوام كالاتداء" لأن الزيادة على حد الضرورة والتمادي في ارتكاب المحرم، هي كفعل المحرم ابتداء من غير ضرورة بناء على أن الدوام على الشيء كابتدائه.

تطبيقات القاعدة:

- 1- جاءت الشريعة بالترخيص في المسح على الجبيرة، لكن يجب ألا تستر من الجزء الصحيح إلا بقدر ما لا بد منه للاستمساك؛ وذلك لأن المسح على العضو الواجب غسله جاز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.
- 2- التيمم طهارة ضرورية، والحكم المقدر بالضرورة مقدر بقدرها، فلا يتيمم قبل الوقت ولا يبقى بعده.
- 3- المعذور الذي لا يستطيع القيام يصلي قاعدا، لكن إن كان قادرا على القيام في تكبيرة الإحرام أتى بها قائما ثم جلس، وكذا إذا كان غير قادر على الركوع أو السجود دون القيام صلى قائما ثم ركع وسجد بالطريقة التي يقدر عليها؛ إذ الضرورة تقدر بقدرها.
- 4- المرأة إذا كانت في عدتها وإحداها من وفاة زوجها، لا يحل لها أن تكتحل أو تتطيب إلا لضرورة كالتداوي مثلا، فيباح لها ذلك بقدر الضرورة. وكذلك خروجها من بيت زوجها لا يباح لها إلا إذا اضطرت أو احتاجت، وتقدر الضرورة في ذلك بقدرها.
- 5- إذا اضطرت المرأة أن تتداوى عند الرجل، فيجوز له أن يلمسها لضرورة الفحص، لكن بشرط ألا يلمس من بدنها إلا ما تقتضيه ضرورة المرض؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها، ويجوز للطبيب أيضا أن ينظر إلى عورة المريض لضرورة العلاج، على ألا يتجاوز موضع المرض منها.
- 6- إذا جاز للحاكم العادل فرض ضرائب أو الزيادة في مقدار ضريبة مفروضة، فعليه أن يلتزم حد الاعتدال بما يتناسب مع إمكانيات الناس ودرجة الغنى واليسار، فلا يجوز له إلزام المكلفين بالضريبة بما يثقل كاهلهم ويدهقهم؛ لأن الشريعة تقصد إقامة العدل والحكم بالقسط بين الناس، والضرورة تقدر بقدرها.
- 7- يدفع الصائل بالأخف فالأخف إن أمكن، فإن أمكن دفعه بكلام واستغاثة حرم الضرب، ولو أمكن دفعه بالضرب حرم القتل؛ لأن ذلك جواز للضرورة، ولا ضرورة في الأثقل مع إمكان تحصيل المقصود بالأسهل والضرورة تقدر بقدرها.
- 8- الغيبة وإن كانت محرمة فإنها تباح في أحوال للمصلحة، والجواز لها غرض صحيح شرعي لا يمكن الوصول إليه إلا بها، كالنظلم إلى القاضي والاستفتاء والنصيحة والتعريف والواجب الاقتصار منها على ما يتأدى به الغرض؛ لأنها إنما جازت لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

9- الأصل عدم جواز اقتناء الكلب، ويجوز في بعض الأحوال كاتخاذها للصيد، فإذا اقتناه لذلك لم يجز له أن يقتني زيادة على القدر الذي يصطاد به؛ لأن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها.

الاضطرار لا يبطل حق الغير

مفاد القاعدة: أنه لو أصاب إنسان مال غيره بناء على الاضطرار الذي يجوز له التصرف في ملك غيره، لا تكون الإصابة الناشئة عن الاضطرار سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن، بل يجب على المستهلك أو المتلف ضمان مثل ما أتلفه إن كان مثلياً، أو ضمان قيمته، إن كان قيمياً.

فالقاعدة تقرر أن الفعل المشروع حالة الضرورة إذا ترتب عليه إتلاف مال الغير - كمن أكل طعام غيره بدون إذنه مضطراً لدفع الهلاك عن نفسه - فإن ترخيص الشارع وإباحته استهلاك مال الغير بدون إذنه لداعي الضرورة لا يسقط عن الفاعل المسؤولية المالية، ولا يعفيه من ثبوت مثل ما أتلفه، أو قيمته ديناً في ذمته لمالكه، فالأعدار الشرعية لا تنافي عصمة المحل، والإباحة للاضطرار لا تنافي الضمان؛ لأن الضمان من الجوارب، والغرض من الجوارب جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان.

وبناء على ما تقدم، فإن هذه القاعدة مقيدة ومبينة لقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات"؛ لأن الاضطرار وإن كان يبيح فعل المحظور شرعاً، إلا أنه لا يمس حقوق الآخرين المالية، ولا يبطلها، كما أنها مقيدة لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان" أي أن الجواز الشرعي ينافي الضمان لكن بشرط أن لا يكون الجواز بسبب الاضطرار، ودفع الأذى عن النفس أو المال أو العرض، أما إن كانت الإباحة بسبب الاضطرار فإن المكلف يرفع عنه الإثم والمؤاخذه الأخروية، أما حقوق الغير فتبقى على أصل الضمان، فكما قال صاحب "كشف الأسرار": "إن تأثير الضرورة في إسقاط الإثم دون الحكم حتى إن من أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ولا يسقط الضمان".

والمضطر إلى إتلاف شيء إما أن يتلفه لدفع أذاه عن نفسه كالصائل، آدمياً كان أو غيره، وإما أن يدفع أذاه عن نفسه أو ماله به، أي أن يكون المتلف آلة لدفع الأذى، كدفع ضرر الجوع عن النفس بواسطة أكل طعام الغير. فإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه عند جميع من قال بوجود الضمان على المضطر - على ما سبق بيانه -؛ بناء على أن الاضطرار لا يبطل حق الغير، وأما إن أتلفه لدفع أذاه فلا يجب عليه الضمان اتفاقاً، بناء على أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، غير أن الحنفية استثنوا من ذلك ما إذا كان المؤذي الصائل صغيراً أو مجنوناً أو دابة فقتله المعتدى عليه أو جرحه جرحاً يجب القصاص فيه، فإنه يكون مسؤولاً مدنياً فقط لا جنائياً، بمعنى أنه لا قصاص عليه، بل تجب عليه دية الصبي والمجنون، ويضمن قيمة الدابة.

ويستوي في أصل وجوب الضمان ما إذا كان الضمان وارداً على إتلاف مال الغير بسبب الاضطرار الناشئ عن سبب سماوي كما في صورة المخمصة، أو الاضطرار الناشئ عن الإكراه الملجئ.

وهذه القاعدة من القواعد التي تنظم أحكام الضرورة، و أحكام ضمان المتلفات في الشريعة الإسلامية، وقد أخذ بها جمهور الفقهاء من الحنفية، و الشافعية، و الحنابلة، و المالكية - في الأظهر عندهم -، بل لقد حكى بعضهم اتفاق الفقهاء عليها في الجملة، من ذلك ما قاله الإمام الطحاوي - رحمه الله تعالى -: "اتفقوا أنه لو اضطر إلى طعام غيره فأكله ضمنه"، لكن المتتبع لمذاهب الفقهاء يجد أن هناك من خالف الجمهور، و رأى أن المضطر لا ضمان عليه، و به - أعني سقوط الضمان عن المضطر - قال بعض المالكية وبعض الشافعية، وإليه ذهب أيضاً الظاهرية، قال ابن حزم - رحمه الله تعالى -: "من أكره على... أكل

مال مسلم أو ذمي، فمباح له أن يأكل، ويشرب ولا شيء عليه لأحد ولا ضمان؛ لقول الله عز وجل: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [سورة الأنعام: 119] ، وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [سورة البقرة: 173] ... فَإِنْ كَانَ الْمَكْرَهُ عَلَى أَكْلِ مَالِ مُسْلِمٍ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ مَا أَكَلَ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ حُكْمُ الْمُضْطَرِّ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيمَا أَكَلَ؛ لَمَا ذَكَرْنَا " اهـ.

أدلة القاعدة:

أولاً - من السنة النبوية المطهرة:

1- عن أبي حميد الساعدي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " (لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه) قال ذلك لشدة ما حرم الله من مال المسلم على المسلم".
2- حديث عمرو بن يثري - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله: " لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه".

3- حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه".
ووجه الدلالة في هذه الأحاديث وأمثالها هو أنها حرمت على المسلم مال غيره إلا برضا منه وطيب نفس منه، ولم تفرق بين المضطر وغيره فشمل التحريم المضطر وغيره، ومعلوم أن أكل مال الغير يستوجب الإثم والضمن لصاحبه، إلا أن المضطر قد رفع عنه الإثم بأدلة أخرى - مثل آية سورة البقرة وسورة الأنعام المذكورتين آنفاً - فبقي الضمان عليه.

ثانياً: من المعقول:

1- يستدل لها من المعقول بأننا إن لم نقل بوجوب الضمان على المضطر لألحقنا الضرر بصاحب المال، ومن القواعد المقررة في الشريعة أن الضرر لا يزال بالضرر، وليس لأحد أن يزيل الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره، فلذلك وجب على المضطر دفع العوض، حتى لا يجتمع على صاحب المال فوات العين والبدل.
وأما الذين خالفوا الجمهور، ولم يقولوا بمقتضى هذه القاعدة، فقد أخذوا بعموم قاعدة الجواز الشرعي يناهض الضمان، ولم يروا هذه القاعدة التي بين أيدينا مقيدة لها، كما رأينا في كلام ابن حزم السابق. والله تعالى أعلم.

تطبيقات القاعدة:

1- إذا اضطر شخص حال المخصصة إلى طعام غيره وأكله جاز له ذلك، ولكن يضمن قيمته، إلا إذا أبرأه صاحب المال؛ لأن إذن المالك لم يوجد، وإنما وجد إذن الشرع، وهو ينفي الإثم والعقاب الأخروي، ولا يوجب سقوط الضمان.
2- المحرم إذا اضطر لذبح الصيد وأكله، جاز له ذبحه، ولكن يضمنه بالفدية، بناء على موجب هذه القاعدة.
3- لو أشرفت سفينة على الغرق، فألقى أحد الركاب متاع غيره لينخف حملتها جاز، لكن يضمن قيمته؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

4- إذا انتهت مدة عقد الإيجار لسفينة مأجورة كانت وسط البحر، فإن صاحب السفينة يجبر على أن يبقى المستأجر في السفينة حتى يخرج به إلى البر، لكن تجب على المستأجر أجرة المثل، لأن المستأجر وإن كان مضطراً، إلا أن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

5- من أعار غيره أرضاً للزراعة، ثم أراد أن يرجع في إعارته، وجب إبقاء الزرع في الأرض حتى يُحصَد لحساب المستعير بطريق الإجارة بأجر المثل، وكذلك إذا انتهت مدة إيجار الأراضي المزروعة، أو مدة إعارة أرض أُعيرت للزراعة، وجب تمديد الإيجار بأجر المثل؛ لأن المستأجر وإن كان مضطراً لإدراك الزرع، إلا أن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

6- لو انتهت مدة إجارة الظئر، وقد صار الرضيع لا يأخذ ثدي غيرها، ولم يستغن بالطعام، فإنها تجبر على إرضاعه، لكن بأجرة المثل.

7- لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه، وكان التعليق في حالة المرض أو الصحة، ووقع الشرط في المرض، يعتبر فاراً من الميراث، فترث زوجته؛ لأن اضطراره إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث.

8- من صال عليه غير عاقل، كحيوان - مثلاً - فقتله، يضمن قيمته لصاحبه عند الحنفية؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير، خلافاً للجمهور الذين قالوا بسقوط ضمانه، ولم يفرقوا بين كون الصائل عاقلاً أو غير عاقل؛ لأنه جائز له شرعاً أن يدفع أذاه عن نفسه، وجواز الشرع لا يجتمع معه الضمان.

9- لو هدم دار جاره وقت الحرق لمنع سريان الحريق، بغير إذن ولي الأمر وبغير إذن صاحبها فإنه يجوز له ذلك ويضمن قيمتها.

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة

هذه القاعدة من قواعد رفع الحرج وإزالة الضرر عن الأمة حيث تفتح باب إلحاق الحاجة بالضرورة فهي بمثابة جسر شرعي ممدود بين الضرورات والحاجات. وهي قاعدة فقهية مقاصدية تقرر أصلاً يمكن فقهاء شريعتنا السمحة من تكييف مستجدات الحياة باستمرار مع مقاصدها.

فالحاجة إذاً تنزل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

ومعنى كون الحاجة عامة أن عامة الناس يحتاجون إليها فيما يمس مصالحهم العامة من تجارة وزراعة وصناعة وسياسة عادلة وحكم صالح. ومعنى كون الحاجة خاصة أن يحتاج إليها فرد أو أفراد محصورون أو طائفة خاصة كأرباب حرفة معينة. وبذا تكون التسهيلات الاستثنائية لا تقصر على حالات الضرورات بل تشمل أيضاً الحاجات الجماعية والفردية مما دون الضرورة فتوجب هذا النوع من التسهيلات أيضاً. إلا أن هذه القاعدة لا تخلو من الخطورة عند تطبيقها إذا لم يسلك بها سبيل الاحتياط، علماً بأن خطورة عدم مراعاة هذه القاعدة قد تكون أعظم. وقد تظن إلى ذلك الإمام الجويني - رحمه الله - وحاول رسم حدود لتطبيقها بعد أن بين بوضوح إشكالياتها حيث قال: "فالقول المجمل في ذلك أن الحرام إذا طُبِّق الزمان وأهله، ولم يجدوا إلى طلب الحلال سبيلاً، فلهم أن يأخذوا منه قدر الحاجة، ولا تشتت الضرورة التي نزعها في إحلال الميتة في حقوق آحاد الناس، بل الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر. فإن الواحد المضطر لو صابر ضرورته ولم يتعاط الميتة لهلك، ولو صابر الناس حاجاتهم وتعدوها إلى الضرورة لهلك الناس قاطبة، ففي تعدي الكافة الحاجة من خوف الهلاك ما في تعدي الضرورة في حق الآحاد. بل لو هلك واحد لم يؤد هلاكه إلى خرم الأمور الكلية الدنيوية والدينية، ولو تعدى الناس الحاجة لهلكوا بالمسلك الذي ذكرناه من عند آخرهم... فإذا تقرر قطعاً أن المرعي الحاجة، فالحاجة لفظة مبهمة لا ينضبط فيها قول... وخوف الروح ليس مشروطاً فيما نحن فيه كما يشترط في تفاصيل الشرع في الآحاد في إباحة الميتة وطعام الغير. وليس من الممكن أن تأتي بعبارته عن الحاجة تضبطها ضبط التخصيص والتنصيص حتى تتميز تميز المسميات والملقبات بذكر أسمائها وألقابها، ولكن أقصى الإمكان في

ذلك من البيان تقريب وحسن ترتيب ينه على الغرض. فنقول: لسنا نعي بالحاجة تشوق الناس إلى الطعام وتشوفها إليه فرب مشتهه لشيء لا يضره الانكفاف عنه، فلا معتبر بالتشهي والتشوف فالمرعي إذا دفع الضرر واستمرار الناس على ما يقيم قواهم". اهـ وينبغي التنبيه إلى أن فرضية إطباق الحرام التي توصل بها الإمام الجويني إلى البرهنة على خطورة عدم مراعاة الحاجة كما تراعى الضرورة في بعض الحالات، هي نفسها التي بنى عليها الغزالي قاعدته: "مهما حرم الكل حل الكل"، بعد سير احتمالات خطاب المكلفين إذا افترض وقوع مثل ذلك على ما هو مبين في صياغة تلك القاعدة.

ولعل ما صرح به الجويني، من الغموض في مفهوم الحاجة التي يتعين تنزيلها منزلة الضرورة، هو ما دفع بعض من أتى بعده من العلماء إلى استقراء جملة من الشروط يلزم التقيد بها عند تطبيق القاعدة التي بين أيدينا من أجل ضمان مراعاة مقاصد الشريعة مع عدم تعطل المصالح الحاجية العامة للأمة. فقد أوضح أحمد الزرقا شروط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة - موضحا لها بأمثلة - في حدود أكثر دقة بقوله: "والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وجعل ما ورد في نظيره واردا فيه...، أو كان لم يرد فيه نص يجوزه أو تعامل ولم يرد فيه نص يمنعه ولم يكن له نظير جائز في الشرع يمكن إلحاقه به، ولكن كان فيه نفع ومصلحة، كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين، وضرب الدراهم، والعهد بالخلافة، وغير ذلك مما لم يأمر به الشرع ولم ينه عنه ولم يكن له نظير قبل، فإنه دعت إليه الحاجة، وسوغته المصلحة، بخلاف الضرورة فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئا من ذلك".

وانطلاقاً من هذا فإنه يمكن تلخيص أهم ما اشترطه العلماء في إلحاق الحاجة بالضرورة المبيحة للمحظور فيما يلي:

- 1_ أن تكون الشدة الباعثة على مخالفة الحكم الأصلي بالغة درجة الحرج غير المعتاد.
- 2_ أن يكون الضابط في تقدير تلك الحاجة النظر إلى أواسط الناس ومجموعهم بالنسبة للحاجة العامة، وإلى أواسط الفئة المعنية التي تتعلق بها الحاجة إذا كانت خاصة.
- 3_ أن تكون الحاجة متعينة بالألا يوجد سبيل آخر للتوصل إلى الغرض سوى مخالفة الحكم.
- 4_ أن تقدر الحاجة بقدرها كما هو الحال بالنسبة إلى الضرورات، جرياً على ما تقرره قاعدة: ما أبيض للحاجة يقدر بقدرها.
- 5_ ألا يخالف الحكم المبني على الحاجة نصاً من كتاب الله تعالى أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم وارداً في حكم ذلك الأمر بخصوصه.

6_ ألا يعارض قياساً صحيحاً أقوى منه.

7_ أن يكون مندرجاً في مقاصد الشرع.

8_ ألا تفوت معه مصلحة أكبر.

وهذه القاعدة تكاد تكون محل إجماع وقد أوردتها الموسوعة الكويتية بصيغة تنبئ بذلك وهي: اتفق الفقهاء على أن ما يباح دفعا للضرر يباح دفعا للحاجة. ومجال تطبيقها واسع بل يفترض أن يكون في توسع مستمر مواكبا لمستجدات الحياة. فهي جارية في العبادات، والعبادات، والمعاملات، والجنائيات كما سنبين ذلك في تطبيقاتها بحول الله.

أدلة القاعدة:

- 1_ قاعدة: "ما ثبت على خلاف الدليل للحاجة قد يتقيد بقدرها وقد يصير أصلاً مستقلاً"

ووجه الاستدلال بها هو أن أحكام العرايا والمساقاة والسلم الواردة فيها قد ثبتت على خلاف الأصل للحاجة لما فيها من بيع المعدوم وبيع الرطب باليابس والعمل بالحزر والتخمين في تقدير المالين الربويين وتأخير التقابض ثم أصبحت أصولاً مستقلة تقاس عليها نظائرها.

2_ قاعدة الحرج مرفوع وأدلتها.

3_ قاعدة المشقة تجلب التيسير وأدلتها.

تطبيقات القاعدة:

1_ يرخص للإنسان أن يتخلف عن الجماعة إذا خاف بذهابه إليها أن يسرق ماله، أو يضيع عليه لوجود الحاجة. وضيع المال في حكم الفوات، كأن يكون عنده دابة ولا يجد مكاناً يحفظها فيه، فإن أقيمت الصلاة وتركها فإنها تضيع فحينئذ يجوز له أن يتخلف عنها؛ لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

2_ تجوز استئجار السمسار على أن له في كل مائة كذا فإن القياس يمنعه ويوجب له أجر المثل ولكن جوزه لحاجة الناس إليه، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

3_ تجوز استئجار الظئر للإرضاع على القول بأن العقد يرد على اللبن والخدمة تثبت تبعاً فإنه جوز للحاجة بالتعامل وبقوله سبحانه: فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن [الطلاق: 6]، وإلا فالقياس يأباه لأنه وارد على استهلاك العين، والإجارة إذا وردت على استهلاك الأعيان مقصوداً لا تجوز، وإنما أجزيت هنا للحاجة، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

4_ تجوز الاستصناع فيما فيه تعامل على الصحيح من أن الاستصناع يبيع لا وعد، فإن القياس يأباه لأنه يبيع لمعدوم لكن جوزه استحساناً بالإجماع للحاجة بسبب تعامل الناس عليه وما فيه من الخلاف فليس في أصل جوازه بل في أنه يبيع أو عدة. ومن أمثله أن يطلب شخص من صانع أحذية أن يصنع له حذاء أو عدة أحذية والجلد وما يحتاج إليه الصانع من المستصنع، فإنهم جوزه للحاجة، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

5_ تجوز خيار التعيين عند من جوزه: وهو منتشر في هذا العصر ومن صورته أن يذهب إنسان إلى بائع ساعات ويختار من بين الساعات المعروضة أكثر من واحدة ثم يتعاقد مع البائع على شراء واحدة غير معينة من الساعات التي أخذها على أن يكون له خيار التعيين فإذا وقع اختياره على واحدة منها أصبح العقد لازماً، وهذا من بيع المجهول فيكون فاسداً فيمنع؛ لأنه يؤدي إلى الغرر المنهي عنه ولكنه أجزى لمسيس الحاجة إليه وهي رفع الغبن عن المشتري ولاسيما بعد أن تعددت الصناعات، وأصبحت أصنافاً وألواناً بدرجات متفاوتة في الجودة يصعب معرفتها لغير ذوي الخبرات بالمبيعات. ومن أمثله أيضاً أن المرأة قد لا تستطيع الذهاب إلى البائع لسبب أو للآخر فلا تجد إلا أن توكل من يشتري لها على أن تكون بالخيار بين قطعتين أو أكثر من الثياب فكانت الحاجة ماسة إلى مشروعية هذا الخيار، فجوز هذا البيع لاحتياج المشتري إليه إذ قد يكون غير خبير بأحوال البيع والشراء فيحتاج إلى استشارة العارفين ليأخذ الأفضل، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

6_ الجراحة التجميلية الحاجية: هذا النوع من الجراحة جائر قياساً على غيره من الجراحة

المشروعة بجامع وجود الحاجة في كل. وقد نوقشت أدلة جوازه بأنها معارضة للنهي عن تغيير خلق الله. والجواب من وجوه: منها أنه إذا وجدت الحاجة الموجبة للتغيير فيستثنى ذلك من التحريم. قال النووي - رحمه الله -: "وأما قوله المتفلجات للحسن فمعناه يفعلن ذلك طلباً للحسن، وفيه إشارة إلى أن الحرام هو المفعول لطلب الحسن، أما لو احتاجت إليه لعلاج أو عيب في السن ونحوه فلا بأس"، فإذا كان لإزالة تشويهه فيجوز >؛ لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

7_ التخدير في الجراحة الطبية، ويمكن أن يصل إلى مقام الضرورة: وهي الحالة التي يتعذر فيها إجراء الجراحة الطبية بدون تخدير كما في جراحة القلب المفتوح ونحوها من أنواع الجراحة الخطيرة والتي إذا لم يخدر فيها المريض فإنه سيموت في أثناء الجراحة أو بعدها بقليل. أو يصل إلى مقام الحاجة: وهي الحالة التي لا يتعذر فيها إجراء الجراحة الطبية بدون تخدير، ولكن المريض يلقي فيها مشقة فادحة لا تصل به إلى درجة الموت والهلاك، وهي الحالة المتوسطة، ومن أمثلتها جراحة بتر الأعضاء... وما كان منها بالغاً مبلغ الحاجة يعتبر جوازه محرّجا على القاعدة الشرعية التي تقول: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة.

تطبيقات فقهية معاصرة للضرورات الشرعية

أولاً: تطبيقات فقهية معاصرة توافرت فيها الضوابط الشرعية للضرورة

(1) جواز السعي فوق سقف المسعى للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات ما أفني به أكثر أهل العلم من جواز السعي فوق سقف المسعى للضرورة؛ ليكون وسيلة من وسائل علاج ازدحام الحجاج أيام الموسم، بشرط: استيعاب ما بين الصفا والمروة، وأن لا يخرج عن مسامحة المسعى عرضاً، فالضرورة الشرعية تقتضي جواز ذلك للعدر، واستدلوا على ذلك بقياس السعي على الطواف باعتبار إنه يجوز للحاج، والمعتمر أن يطوف بالبيت، ويسعى بين الصفا والمروة راكباً لعدر باتفاق، ولغير عذر على خلاف بينهم، فمن يسعى فوق سقف المسعى يشبه من يسعى راكباً بعيراً ونحوه، إذ الكل غير مباشر للأرض في سعيه، وعلى رأي من لا يرى جواز السعي راكباً لغير عذر، فإن ازدحام السعاة في الحج يعتبر عذراً يبرر الجواز.

(2) نقل الأعضاء من إنسان ميت إلى إنسان حي للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورة الشرعية نقل الأعضاء من الأموات للأحياء، حيث قررت المجامع الفقهية: إباحة النقل استناداً إلى القواعد الفقهية الحاكمة بإزالة الضرر ومسألة إباحة الضرورات للمحظورات، ومن أهم الأدلة التي استند إليها الفقهاء في إباحة نقل أعضاء الموتى للأحياء ما يلي:

(أ) قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" وأن الضرر يجب إزالته، فنقل الأعضاء من الموتى للأحياء فيها إزالة الضرر عن

الأحياء بضرر أخف منه، حيث إن الأموات وإن كانت لهم حرمة، لكن تقدّم مصالح الأحياء على مصالح الأموات.

(ب) أن في نقل الأعضاء من الأموات للأحياء، نوعاً من تحقيق التكافل الاجتماعي والإحسان، والإيثار بين أبناء

المجتمع.

(ج) القياس على ما أباحه الفقهاء قديماً من استخدام أسنان الموتى وعظامهم للأحياء للضرورة، فالضرورات تبيح

المحظورات بشرط عدم نقصان الضرورة عن المحذور، ولاشك أن حرمة الأحياء ورعاية مصالحهم أولى من انتهاك حرمة الميت.

ومن أهم هذه الفتاوى ما يلي:

1- فتوى المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد بماليزيا في أبريل سنة 1969م.

2- فتوى المؤتمر الإسلامي الأعلى بالجزائر بشأن نقل الدم، وزرع الأعضاء في اليوم العشرين من شهر أبريل لسنة

1972م.

3- فتوى مفتي الديار المصرية برقم (1069) في اليوم الثاني من شهر فبراير لسنة 1972م بشأن إباحة سلخ جلد الميت

لعلاج حروق الأحياء.

4- فتوى الشيخ جاد الحق برقم (1323) في ديسمبر سنة 1979م عن زرع الأعضاء.

5- فتوى كبار علماء المملكة العربية السعودية برقم (99) في سنة 1402هـ.

6- فتوى الأوقاف الكويتية برقم 132/9 لعام 1400هـ.

7- فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، الذي ينظم زرع الأعضاء - الدورة الثامنة - لسنة 1405هـ - 1985م.

وقد وضعت بعض المجامع الفقهية ضوابط لجواز نقل الأعضاء من الميت من أهمها ما يلي:

- 1- موافقة الميت أثناء حياته بنزع عضو أو أعضاء من جسمه، والتبرع بها لمن يحتاج إليها، بشرط أن يكون ذلك من غير إكراه، وبدون مقابل مالي له أو لورثته، وإنما يكون ابتغاء المثوبة من الله تعالى. وأن يكون ذلك الإذن كتابياً، وعليه شهود.
- 2- موافقة أهل الميت أو إذنتهم، ويشترط موافقة أهل الميت حتى بعد إذن الميت، ولو كان قد أذن في حياته وقبل وفاته؛ وذلك لرعاية حرمة الحي، حتى لو أذن بعض الورثة دون البعض، فلا يجوز نقل العضو؛ حتى لا يكون تعسف في استعمال الحق. ولا يعلل إذنتهم بأنهم يملكون الجسد بعد الوفاة، وإنما ذلك باعتبار أن المساس بجسده يؤثر عليهم، ويضرهم ضرراً معنوياً، والقاعدة أن: "الضرر يزال" فلا يجوز إلا برضاهم حتى ينتفي الضرر.
- 3- أن يكون لنقل الأعضاء ضرورة وحاجة ماسة تنزل منزلة الضرورة؛ لما هو معلوم أن الحاجة إذا عمت نزلت منزلة الضرورة.

(3) جواز نقل الدم بأجرة للضرورة

من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات أنه لا خلاف بين العلماء أنه يحرم بيع الدم البشري، وكذلك الأعضاء البشرية، تحرم التجارة فيها، لكن يستثنى من ذلك حالات الضرورة، التي يحتاج فيها الدم من أجل إنقاذ مريض في عملية جراحية، أو ولادة ونحو ذلك، ولا يوجد من يتبرع إلا بعوض، فيجوز شراؤه؛ من أجل الضرورة.

وقد نصت بعض المجامع الفقهية على: «أنه لا يجوز أخذ أجرة، أو عوض مقابل نقل الدم» وعللوا ذلك بأن: بيع الآدمي الحر باطل شرعاً لكرامته، أما بذل المال من المستفيد ابتغاء الحصول على العضو المطلوب عند الضرورة، أو على سبيل المكافأة فمحل نظر واجتهاد.

وتفرغ على ذلك ما قرره مجلس كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في القرار رقم (65) وتاريخ 7/2/1399هـ حيث قرر بالأكثرية ما يلي:

أولاً: يجوز أن يتبرع الإنسان من دمه، بما لا يضره عند الحاجة إلى ذلك لإسعاف من يحتاجه من المسلمين.
ثانياً: يجوز إنشاء بنك إسلامي لقبول ما يتبرع به الناس من دمائهم، وحفظ ذلك لإسعاف من يحتاج إليه من المسلمين، على ألا يأخذ البنك مقابلاً مالياً من المرضى، أو أولياء أمورهم عوضاً عما يسعفهم به الدماء، وألا يتخذ ذلك وسيلة تجارية للكسب؛ لما في ذلك من المصلحة العامة.

(4) بتر العضو المريض واستئصاله للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات هذه المسألة وإن كانت من المسائل القديمة لكنها تتكرر كثيراً، وتختلف فيها أدوات القطع وطرقه في حالات كثيرة يضطر فيها الطبيب إلى بتر عضو من أعضاء مريضه؛ من أجل استئصال

المرض، حيث لا يكون أمامه فرصة للعلاج إلا من خلال الحسم والبت؛ ولهذا قرر العلماء أنه: يجوز للطبيب ذلك استناداً على قاعدة الضرورة الشرعية، بشرط أن تتحقق الضرورة بالفعل، وتتوافر فيها ضوابطها ومن ثمّ فالطبيب المسلم الثقة هو المسؤول عن ذلك، فالضرورات تبيح المحظورات.

وأن عليه أن يراعى أخف الضررين؛ لحماية ما يمكن حمايته من المصالح ودرء المفاسد، والضرر عن المريض. ومن ذلك أيضاً: جواز نقل عين قرر الأطباء استقطاعها لعدة أصابت صاحبها، ومع ذلك يمكن الاستفادة منها لشخص آخر؛ لتحقيق المصلحة وانتفاء الضرر.

(5) نقل الأعضاء من إنسان حي إلى آخر للضرورة. من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات: فتاوى الجامع الفقهي ودوائر الإفتاء والهيئات العلمية، التي تبيح نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان آخر، فقرر العلماء في المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في الدورة الثامنة، المنعقدة بمكة المكرمة في 1405/5/7 هـ ما يلي:

أولاً: أن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر لإنقاذ حياته، أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز على قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

1- ألا يترتب على أخذ العضو من المتبرع ضرراً يخل بحياته؛ لأن القاعدة: الضرر يزال إن أمكن من غير ضرر أو بضرر أقل منه، ولا يجوز إزالته بضرر مساوي، ومن باب أولى بضرر أكبر منه. فلو كان لإزالة الضرر بضرر مثله، أو أشد فإنه لا يجوز؛ لأنه ليس من باب إزالة الضرر، وإنما من باب التهلكة المنهي عنها.

2- أن يكون النقل تبرعاً بدون عوض.

3- أن يتعين النقل الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض، ومعالجته حتى تتحقق حالة الضرورة.

4- أن يكون نجاح كل من عمليتي: النزع والزرع محققاً في العادة وغالباً. وقد أجازت دار الإفتاء المصرية ذلك، فصدرت فتوى الشيخ جاد الحق على جاد الحق رقم (1323) بتاريخ 1400/1/15 هـ الموافق 1979/12/5 م. ففي فتاوى الأزهر للشيخ جاد الحق: يجوز نقل عضو أو جزء عضو من إنسان حي متبرع لوضعه في جسم إنسان حي بشروطه، كما يجوز نقل الدم من إنسان لآخر بذات الشروط متى غلب على ظن الطبيب وإنقاذه هذا الأخير بهذا النقل، ويكون قطع العضو أو جزئه من الميت إذا أوصى بذلك قبل وفاته، أو بموافقة عصبته.

(6) جواز الإجهاض للضرورة وتحملاً لارتكاب أخف الضررين.

من التطبيقات القديمة والمعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات: جواز الإجهاض للمرأة الحامل إذا تعرضت حياتها للخطر، وأصبح الإجهاض ضرورياً لإنقاذ حياتها، عملاً بالقاعدة: "يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد" وأنه إذا تعارضت مفسدتان، روعي أخفهما ضرراً؛ لارتكابهما؛ من أجل الحفاظ على الضروريات، وهنا تعارضت مصلحة الجنين ومصلحة الأم، فتقدم مصلحة الأم على مصلحة الجنين بشرط أن يكون ذلك بمعرفة الطبيب المسلم الثقة.

وقد أصدر المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي قراراً في دورته الثانية عشرة في (15) من شهر رجب سنة 1410 هـ الموافق (10) من شهر فبراير سنة 1990 م بجواز الإجهاض قبل مرور (120) يوماً منذ بداية التلقيح.

(7) جواز استخدام وسائل منع الحمل المؤقتة للضرورة: من التطبيقات المعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات: ما

قرره الفقهاء من: جواز استخدام وسائل منع الحمل المؤقتة للضرورة بشروط أهمها ما يلي:

1- الحفاظ على صحة المرأة وأولادها من كثرة الحمل وتتابعه.

- 2- أن يكون بالمرأة مرض يمنع الحمل، أو يكون الحمل معه سببا في زيادة المرض عليها.
- 3- أن يكون قرار تنظيم النسل حسب تقدير الزوجين وتشاورهما معا.
- 4- ألا يكون تنظيم النسل خشية الفقر.
- 5- ألا يكون في استخدام الوسائل ضرر بالمرأة أو بالرجل، لو كانت الوسائل خاصة به.

وبهذا جاء في فتاوى قطاع الإفتاء بالكويت أنه: يجوز اللجوء إلى منع الحمل على النطاق الفردي، لأي سبب من الأسباب ما لم يكن مؤديا إلى العقم، ومنع الإنجاب نهائياً، ومع ذلك يجوز منع الحمل نهائياً بالتعقيم الجراحي على النطاق الفردي، في حالات الضرورة التي يقدرها الطبيب المسلم الثقة إذا استنفدت كل الوسائل الأخرى.

(8) سفر المرأة بغير محرم للضرورة.

من التطبيقات القديمة والمعاصرة لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات: سفر المرأة بدون محرم في حالات معينة من أهمها ما

يلي:

- 1- من مات محرماً في الطريق أثناء السفر.
 - 2- من أجبرت على السفر من بلد بالقوة وليس عندها محرم.
 - 3- من اضطرت للهجرة من بلاد الكفر إلى بلاد الإسلام وليس معها محرم.
- ففي مثل هذه الحالات تتحقق الضرورة في حق المرأة التي لم تجد محرماً، وعليها أن تكمل سفرها، أو تسافر لإنقاذ نفسها، أو الفرار بدينها، ونحو ذلك، فهي في حالات الضرورة قطعاً، ويجوز لها في تلك الحالة السفر بغير محرم؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات متى استوفت ضوابطها، وهي هنا كذلك.

(17) لا يجب غسل ما تحت حشو الأسنان وغطاؤها في الوضوء والغسل للضرورة.

من التطبيقات لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات أفتى بعض العلماء بأن حشو الأسنان وشدها وغطاؤها بالأسلاك من الذهب والفضة جائز للضرورة. وكذلك غيرها من البلاتين والمعادن لم يرد فيها ما يمنع جوازها. ويتفرع على ذلك أنه لا يجب غسل ما تحت هذه الأشياء في الوضوء أو الغسل منعاً للحرج والضرورة.

ثانياً: تطبيقات معاصرة لم تستوف ضوابط الضرورة الشرعية

(1) لا يجوز التداوي بالمسكرات والمخدرات مع وجود البديل استناداً للضرورة.

فمن التطبيقات المعاصرة التي تتفرع على الضرورات الشرعية، والتي لم تبلغ فيها الضرورة حدّها إقدام بعض الناس على ارتكاب المنكرات، والمحرمات من المسكرات والمخدرات بحجة التداوي من بعض الأمراض، مع وجود البدائل الطبية للمسكرات أو المخدرات، فالضرورة غير متحققة، وكما سبق يشترط في الضرورات حتى تبيح المحظورات أن تكون الضرورة حقيقية لا مظنونة ولا متوهمة، وهنا الضرورة وهمية، بل غير حقيقية؛ لما ورد في قوله ﷺ: ((إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم)) وأنه ﷺ سئل عن التداوي بالخمير فقال: ((إنما هي داء))

وبهذا أفتى مفتي مصر: «أنه لا يحل التداوي بالمحرمات إلا عند تعينها دواء وعدم وجود مباح سواها، ويقدر الضرورة حتى يزول هذا الإدمان وبإشراف الأطباء المتقنين لمهنتهم». أما شرب الخمر بحجة التداوي للضرورة مع وجود بدائل طبية فهذا لا يجوز ولا يدخل تحت قاعدة الضرورة.

(2) لا يجوز تحديد النسل خوفاً من الفقر استناداً للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، التي لم تستوف ضوابطها ما يلجأ إليه بعض الناس من تحديد النسل، بحجة كثرة العيال وضيق المساكن وقلة الأموال، وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن ذلك في قوله تعالى ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾ [الأنعام: 151]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ [الإسراء: 31].
ولهذا اشترط الفقهاء لمنع الحمل شروطاً منها: ألا يكون من أجل خشية الفقر، وكثرة العيال؛ لأن ذلك ليس بضرورة شرعية تبيح منعه.

ولهذا قررت المجامع الفقهية ودور الإفتاء أن: منع النسل من أجل كثرة العيال أو خشية الفقر حرام شرعاً ولا يجوز؛ لأن ذلك ليس من قبيل الضرورات الشرعية، ولما كان الحفاظ على التناسل من المصالح، والضروريات الشرعية، التي تكفلت الشريعة بحفظها، فلا يجوز المساس بها إلا إذا قامت ضرورة شرعية حقيقية تقتضي ذلك.

وأفتى الشيخ حسن المأمون مفتي دار الإفتاء المصرية بأن: «منع النسل أو تحديده يتنافى مع مقاصد النكاح ولا يباح شرعاً إلا للضرورة، وعند وجود عذر يقتضيه، كالخوف على حياة الأم إن هي حملت. أما خوف الفقر وكثرة الأولاد وتزايد السكان ليست من الأعذار المبيحة لمنع النسل أو تحديده».

(3) لا يجوز العمل في الفنادق والملاهي ودور الرقص استناداً للضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، التي لم تستوف ضوابطها، ولا تؤثر في إباحة المحظور: العمل في الفنادق والمسارح والملاهي ودور السينما والرقص، والتي ترتكب فيها الأعمال المحرمة من شرب الخمر والمخدرات والزنا والرقص والغناء، والذي يتنافى مع حدود الشرع، وحجتهم في ذلك: عدم وجود عمل آخر بدلا عنه، وأنه إذا لم يعمل ذلك العمل، فسوف يؤدي ذلك إلى ارتكابه لجرمة السرقة، أو الرشوة، ونحوها مما هو محرم أيضاً.

وهذه الحالة وأمثالها، ليست من قبيل الضرورة الحقيقية المتيقنة، التي تبيح له فعل المحظور، فالعمل في أماكن اللهو التي ترتكب فيها المنكرات، ويكون دخلها من الفسق والفجور محرم شرعاً، وواجب على المسلم أن يبحث لنفسه عن عمل حلال، يتكسب منه بالعيش به هو، ومن يعول، وأنه إذا جد في الطلب والبحث سوف يجد ما يغنيه وأنه يصبر، فطلب الحلال له منزلة عظيمة عند الله تعالى.

(4) لا يجوز تبرير التكاثر عن الفرائض في أوقاتها بالضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، والتي لم تستوف فيها الضرورة ضوابطها: ما يقوم به بعض الناس من محاولة التخلص من أداء الفرائض في أوقاتها؛ بسبب وجودهم في حفل عام أو اجتماع خاص، بحجة الضرورة، واتخاذ الحفل ذريعة لترك الفريضة، أو تأخيرها ونحو ذلك، فيترك الواجب والفرائض تحت ستار مبدأ التخفيف والتيسير على الناس، دون التقيد بقيود الضرورة الشرعية وضوابطها، أو للجهل بأحكامها، والحالات التي يصح أن تندرج تحتها دون غيرها.

(5) لا يجوز السماح ببيع الخمر والمحرمت في البلاد الإسلامية من أجل الضرورة.

من التطبيقات المعاصرة للضرورات الشرعية، التي لم تستوف فيها الضرورة ضوابطها، ومن ثم لا تبيح المحظور لعدم توافر شروطها: أن يسمح بجلب وشراء الخمر والمحرمت، وبيعها في البلاد الإسلامية؛ من أجل تشجيع السياحة، ودخول الأجانب من غير المسلمين إلى البلاد الإسلامية؛ من أجل حاجة البلاد إلى العملات الأجنبية، التي يأتي بها هؤلاء السياح، وأن السياحة مصدر من مصادر الدخل القومي، وإذا لم يتم توفير كل احتياجاتهم، حتى ولو كانت محرمت، فإن ذلك سيؤدي إلى ضياع نسبة كبيرة من

الدخل القومي للبلاد، ومن ثم يجوز جلب الخمر وبيعها لهم، وهذا التبرير لا يجوز؛ لأن الأصل أن غير المسلمين الذين يسمح لهم بالدخول إلى البلاد الإسلامية، يلتزمون باحترام قوانين البلاد الإسلامية وآدابها، فهم ملتزمون بأحكام المسلمين ما داموا في بلادهم؛ فلا يجوز أن يرتكبوا المحرمات، ولا يؤذوا المسلمين بارتكابها، ومن ثم لا ضرورة في إباحة جلب الخمر والمحرمات لهم، بذلك السبب فالضرورة غير حقيقية، ولم تستوف شروطها؛ لأنه إذا لم يتناول الأجنبي غير المسلم الخمر في البلاد الإسلامية لا يصيبه ضرر، ولن يصيب الأمة الإسلامية ضرر من ذلك؛ ومن ثم فلا مصلحة من وراء الأمور المحرمة، وإنما المصلحة في اتباع شرع الله تعالى، فإذا وجد الشرع فثمة المصلحة.

(7) لا يجوز التأمين التجاري للضرورة:

من التطبيقات المعاصرة للضرورة الشرعية إفتاء بعض العلماء بجواز التأمين التجاري للحاجة وهذا لا يجوز؛ لأن التأمين التجاري معناه: التزام طرف آخر بتعويض نقدي يدفعه له، أو لمن يعينه عند تحقيق حادث احتمالي مبين في العقد مقابل ما يدفعه له هذا الآخر من مبلغ نقدي في قسط أو نحوه. ففيه مخاطرة بالمال، وإن كان فيها استفادة للمؤمن عليه عند حصول الحادث المحتمل وقوعه، وخسارته قسطه عند عدم هذا الحادث، وربح المؤمن في هذا الحال، لكن المخاطرة تزيد من الفائدة، ولا يتحقق فيه العدل والأصل في المعاملات المالية تحقيق العدل بين طرفيها، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أن عقد التأمين التجاري من الرهان المحرم؛ لأن كلا منهما فيه جهالة وغرر ومقامرة.

عقد التأمين التجاري فيه أخذ مال الغير بلا مقابل، وأخذ بلا مقابل في عقود المعاوضات التجارية محرم ولا يجوز إباحته على أساس إن الضرورات تبيح المحظورات لا يصح الاستدلال به هنا، فإن ما أباحه الله من طرق كسب الطيبات أكثر أضعافاً مضاعفة مما حرمه عليهم، فليس هناك ضرورة معتبرة شرعاً تلجئ إلى ما حرمته الشريعة من التأمين.

(8) لا يجوز نقل عضو من إنسان حي يعطل زواله وظيفته أساسية في حياته لعدم الضرورة مثل: نقل القلب أو الكبد

أو العينين أو الكليتين، ونحو ذلك للحفاظ على الضروريات التي يجب الحفاظ عليها؛ لأن ذلك ضرر محض، ويعتبر قتل نفس وإلقاء بالنفس إلى التهلكة، ولا يجوز للإنسان أن يلحق الضرر بنفسه؛ عملاً بقول النبي ﷺ: ((لا ضرر ولا ضرار)) وأنه في حالة النقل للغير سوف يكون إزالة للضرر عن الغير بضرر بالنفس وهو ضرر شديد، وكما هو مقرر أن: الضرر لا يزال بالضرر الأشد منه أو المساوي، ففي هذه الحالة زاد المحذور عن الضرورة، فلم تبح الضرورة المحذور؛ لعدم توافر شرطها وهو عدم نقصان الضرورة عن المحذور، فلم يجز النقل.

نظريّة التعسف في استعمال الحقوق

أولاً: مفاهيم أساسية عن النظرية:

الفقه الإسلامي أظلت رايته بلاد المسلمين في أكبر بقعة عرفها التاريخ على وجه الأرض، صان فيها حقوق الناس، وحفظ مصالحهم فنعّموا بعدالة التشريع وعدالة القضاء: ذلك العدل الذي من أجله أرسل الله الرسل، وأنزل الكتب: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيُقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [الحديد: 25].

جهد القضاة والمفتون من الفقهاء في استنباط الأحكام من مصادر الشريعة كلما نزلت بهم قضية أو حزم أمر، فكانوا يحدّثون للناس أفضية بقدر ما أحدثوا، ويصونون فيهم المصلحة التي أرادها الله من هذا الدين؛ كما يقول تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: 107]، فقامت بذلك الحجة البالغة على كمال هذا الدين، وعلى أنه شريعة الناس كافة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وقامت بذلك الآية البينة على أن الفقه حي ينمو ويؤتي أكله بإذن الله لتلبية حاجات الحياة ومطالبها على اختلاف ألوان المجتمعات في كل عصر ومصر.

وإن من القواعد العامة في الفقه الإسلامي: "الأصل هو استعمال الحقوق على الوجه المشروع"، وهو الذي أجازته الشرع وأذن به، ولكن قد ينحرف البعض من أصحاب الحقوق عن هذا الأصل فيستعملون حقوقهم على وجه غير مشروع وبأسلوب غير مأذون به من الشارع، فيسيؤون إلى غيرهم ويلحقون المضار بهم؛ لذلك وضع الإسلام القواعد التي تبين حدود استعمال الحقوق وممارستها بما يضمن لكل ذي حق حقه؛ بحيث لا يسيء أحد إلى غيره أو يسبب له ضرراً، وقد جمعت هذه القواعد أخيراً تحت ما يعرف باسم: نظرية التعسف في استعمال الحق.

ونظرية التعسف في استعمال الحق تسميتها بهذا الاسم منقولة عن رجال الحقوق الغربيين؛ ولكن هذه النظرية عرفها الإسلام منذ أرسل الله رسوله وأنزل عليه قرآنه واعتنقه الناس ديناً، وطبقوه في قضاياهم، وسائر علاقاتهم شريعة محكمة، بين الحق كما بين مصادره وأنواع التعدي عليه مباشرة وتسبباً وعمداً وخطأً، وعن طريق التحايل والدريعة، فلم يترك قانونه قضية من غير حكم، ولكن الذين يقرؤون لرجال القانون من الغرب، ولا يقرؤون الفقه الإسلامي دأبوا على أن يعجبوا بكل ما نقلوه عن الغرب على حين يتهمون الفقه بقصر نظرياته، وجمود أحكامه.

فهذه النظرية ليست جديدة على التشريع الإسلامي، بل هي قديمة في هذا التشريع قدم ذلك التشريع نفسه، وهي دليل على إعجاز هذا التشريع العظيم، فقد قام أساسها المحكم آيات القرآن الكريم وسنة الرسول الأمين، ثم أخذت النظرية تنمو وتتطور وتأخذ مكانها في التشريع الإسلامي على يد الأئمة المجتهدين وكبار الفقهاء من سلف هذه الأمة، فقد تعهدها أئمة الإسلام في جميع مراحل التشريع الإسلامي بما عهد فيهم من نظر دقيق، وفهم عميق، ودراية بأصول الشريعة ومقاصدها، حتى استوت النظرية استواء كامل التكوين واضح المعالم، وكان لها من العموم والشمول ما ليس لغيرها من النظريات التي نشأت في ظل القوانين والتشريعات الوضعية.

ثانيا: مفهوم التعسف في استعمال الحق:

قال الشاطبي رحمه الله: "لما ثبت أن الأحكام 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 بالفعل غير صحيح وغير مشروع، لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور هي معانيها وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات" اهـ.

بمذه المقالة يلخص الشاطبي رحمه الله نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن إطار تأصيله لقاعدة مراعاة المآل، فهو رحمه الله يربط التعسف بمبدأ التعدي بطريق التسبب، وهذا معيار ذاتي يضاف إليه معايير موضوعية تتمثل في إحداث الضرر دون قصد من المكلف ولا نية، وذلك في إطار الموازنة بين المصلحة والضرر، والمقارنة بين الأضرار.

هذه الموازنة والمقارنة هي بغرض مراعاة المقاصد التي توخى الشارع تحقيقها، والتي يزيد بها وضوحا قول الشاطبي: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالأقدام أو بالإحجام إلا بعد نظرة إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، فقد يكون مشروعا لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسده تنشأ عنه، أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك. فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فرما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذ أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا انه عذب المذاق، محمود الغب، جار علي مقاصد الشريعة" اهـ.

ويزيد ما ذكرناه آنفا وضوحا أن الأفعال الإنسانية المأذون بها وما ينشأ عنها متعلقة بضرورة موافقة قصد المكلف لقصد الشارع وفق ضابط محدد يبينه الشاطبي بقوله: "وضابطه أنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلتها فلك أن تكلم فيها إما على العموم إن كانت مما تقبلها العقول على العموم، وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ، فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية" اهـ.

فإذا كان يترتب على فعل ما، ضرر ما، لجهة ما، وسواء كانت النية المستفاد من القرائن الحالية أنه قصد به الإضرار فهذا التعسف يجب أن يدرأ، أو كان الضرر دون نية إحداثه فهذا أيضا يستوجب الدرء، على اعتبار أن مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا فهو باطل، وذلك بناء على قاعدة: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة".

ثالثا: أدلة النظرية من الكتاب والسنة:

1 - أدلة النظرية من القرآن الكريم:

وردت آيات من الكتاب الكريم تنهى عن الضرر عند استعمال الحق، وذلك في عديد من المناسبات، فمنها ما ورد في الوصية، ومنها ما ورد في الرجعة في النكاح، ومنها ما ورد في الرضاعة والولاية، ونذكر أمثلة لهذه الآيات فيما يلي:

1- قال الله - تعالى - في آخر آيات الموارث من سورة النساء -: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يوصى بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مَضَارٍ وَصِيَّةً مِنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [النساء: 12].

فقد دلَّ هذا النص الكريم على مشروعية الوصية، ودل - أيضا - على أن قضاء الديون وتنفيذ الوصايا مقدَّمان على حقوق الورثة من التركة، ودل النص - ثالثا - على أن الوصية المشروعة هي ينبغي أن تكون على العدل، لا على الإضرار والجور والحيف بأن يحرم بعض الورثة من نصيبه أو ينقصه أو يزيد على ما قدر الله له من الفريضة، ومن المضارة في الوصية - أيضا - أن يزيد الإنسان على المقدار الذي سمح له الشارع أن يوصي به وهو الثلث، كما دلَّ على ذلك الحديث: ((الثلث والثلث كثير))، وقد تكون المضارة ناشئة عن مجرد الإيذاء ولو كان في حدود الثلث، كما لو قصد الموصي بالوصية مجرد إلحاق الضرر بالورثة وحرمانهم من جزء من التركة؛ ولذلك يَأْتَمُّ بقصده المضارة.

2- قال الله - تعالى -: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سِرْحَوْهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِنَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 231].

فقد دلَّت هاتان الآيتان على أن من كان قصده من الرجعة المضارة فإنه آثم بذلك، وهذا هو ما كان يفعله أهل الجاهلية، كان الرجل يطلق المرأة فإذا قاربت انقضاء العدة راجعها ضاررا لئلا تذهب إلى غيره، ثم يطلقها فتعتد، فإذا شارفت على انقضاء العدة طلقها لتطول عليها العدة، فنهاهم الله عن ذلك، وتوعدهم عليه؛ فقال - سبحانه -: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: 231]؛ ولذلك فقد ذهب مالك إلى أن من راجع امرأته قبل انقضاء عدتها ثم طلقها دون أن يمسه، إن كان يقصد بذلك مضارتها بتطويل عدتها، لم تستأنف العدة، وبنيت على ما مضى منها؛ معاملة له بنقيض مقصوده.

بل إن بعض العلماء يقول: لو رجع بقصد الإضرار بالزوجة وعلم الحاكم بذلك المقصد طلق عليه، وفي هذا يقول القرطبي: "الرجل مندوب إلى المراجعة، ولكن إذا قصد الإصلاح بإصلاح حاله معها وإزالة الوحشة بينهما، فأما إذا قصد الإضرار وتطويل العدة والقطع بما عن الخلاص من ربة النكاح، فمحرَّم؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِنَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231]، ثم من فعل ذلك، فالرجعة صحيحة وإن ارتكب النهي وظلم نفسه، ولو علمنا نحن ذلك المقصد طلقنا عليه".

3- قال الله - تعالى -: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تَضَارُّ وَالِدَةً وَبَوْلُودًا لَهُ بَوْلُهُ﴾ [البقرة: 233].

وقد دلَّت هذه الآية الكريمة على أحقية الأم برضاعة ولدها؛ لأنها أرفق به من الأجنبية، كما فهم منها بعض العلماء أن الرضاع واجب على الأم مطلقا، وقصره البعض على حال ما إذا لم يقبل الطفل إلا ثديها، وهو مشهور قول مالك.

ولأن الرضاعة حق للأم، وقد يكون واجبا عليها في نفس الوقت؛ قال الله - تعالى -: ﴿لَا تَضَارُّ وَالِدَةً وَبَوْلُودًا﴾ [البقرة: 233]؛ أي لا تدفعه عنها لتضر أباه بتربيته، ويقول الزمخشري، في معناها - أيضا - أي لا تضار والدة زوجها بسبب ولدها، وهو أن تعنف به وتطلب منه ما ليس يعدل من الرزق والكسوة، وأن تشغل قلبه بالتفريط في شأن الولد، وأن تقول بعدما ألفتها الصبي: اطلب له مرضعة، وما أشبه ذلك، وفي معنى قوله - تعالى -: ﴿وَلَا مَوْلُودَ لَهُ بَوْلُهُ﴾ [البقرة: 233]؛ أي: ولا يضار مولود له امرأته بسبب ولده بأن يمنعها شيئا مما وجب عليه من رزقها وكسوتها، ولا يأخذ منها، وهي تريد إرضاعه.

ومن ذلك يتبين أن الرضاعة مشروع لصالح الطفل وصيانتته، حتى لا يتعرض للإصابة بالأمراض نتيجة حرمانه من غذائه الطبيعي الذي خلقه الله - تعالى - له وهو لبن أمه؛ ولذلك فلا يجوز للأب أو الأم إذا حدث بينهما شقاق أو خصام لأي سبب من الأسباب، أن يستغل أي منهما مسألة رضاع الطفل الذي جاء منهما للضغط بها على الآخر، كأن يمنع الأب الأم من إرضاعه إذا كانت راغبة في ذلك، أو ترفض هي إرضاعه إذا لم يقبل الطفل أحداً غيرها، أو تطلب على الإرضاع أجراً ليس في طاقة الأب دفعه، فإن فعل أحدهما شيئاً من ذلك، كان مسيئاً في استعمال حقه متعسفاً فيه.

2 - أدلة النظرية من السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة عن الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - تنهى عن الضرر وتُحذّر من الإساءة في استعمال الحقوق، بعضها جاء في صيغ تدل على العموم، وبعضها الآخر ورد في مناسبات خاصة وفي قضية معينة، ونذكر أمثلة لهذه الأحاديث فيما يأتي:

1- روى ابن عباس وعبادة بن الصامت وغيرهما أن رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - قال: ((لا ضرر ولا ضرار))، وهذا حديث يدل بعمومه على تحريم جميع أنواع الضرر والإضرار بالنفس أو بالغير. والمشهور بين العلماء في تفسير الضرر والضرار، أن الضرر هو فعل الواحد؛ بحيث يلحق الأذى بآخر، والضرار هو فعل الاثنین على وجه المقابلة والمبادلة بينهما من المفاعلة.

وهذا الحديث الشريف يمثّل نوعاً من أنواع الإعجاز اللغوي؛ إذ بكلمات محدودة يعُدُّ قاعدة كبرى تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي؛ لأن مضمون هذه النظرية هو منع استعمال الحقوق على نحو يلحق الضرر بالآخرين بأي صورة من الصور.

2- ما أخرج أحمد بسنده إلى عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم: ((لعن الله المحلل والمحلل له)) وجه الدلالة: أنّ الزواج عمل مشروع في الأصل، ولكن الزواج لأجل التحليل عمل غير مشروع، فلما قصد بالمشروع غير المشروع نهي عنه الشارع، وحكم بفساده؛ لأنه تعاون على الإثم، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانَ﴾ [المائدة: 2].

3- وما أخرج البخاري عن الثَّعْمَانِ بن بشير أنه - صلى الله عليه وسلم - قال: ((مثل القائم في حدود الله والواقع فيها؛ كمثل قوم استهموا على سفينة، فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً، ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً)).

ووجه الدلالة من الحديث: أن الذين في أسفل السفينة يستعملون نصيبهم وحقهم؛ لكن لما أرادوا أن يستعملوه على وجه غير مشروع؛ لأنه يضر الجماعة ضرراً عظيماً لا يتكافأ مع مصلحة شريحهم، وترك إيذاء الفريق الأعلى، اعتبره الشارع منكراً يجب أن يمنع عنه.

3- دليل النظرية من المعقول:

أن الأفعال المأذون فيها لم تشرع لتكون وسيلة للإضرار بالغير وإنما شرعت لتحقيق مصالح المكلفين ومنافعهم، فإذا انحرفت عن غايتها ومصلحتها نتيجة فعل المكلف وممارسته؛ فإنها لا تبقى على أصل المشروعية والإذن لأنها مخالفة لمقصود الشارع منها، وهذا ما تقر فقها في قاعدة: من ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل.

رابعاً: التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق:

نظرية التعسف في استعمال الحق مبنية على قاعدة سد الذرائع التي تقول: إن المشروع إذا أدى إلى محذور كان محظوراً، أو المباح إذا أدى إلى حرام كان حراماً، وبناء عليه يكون المتعسف في استعمال الحق قد تسبب في أمر محذور، فيعتبر متعدياً بطريق التسبب؛ لتقصيره عند استعمال حقه، بقصد الضرر أو بالسعي في حصول مفساد غالبية أو في تحقيق أغراض غير مشروعة أو لعدم الاحتراس، فيكون مسئولاً عن هذا التقصير وترتب عليه حكم مرتكب المحذور، وهو في كل شيء بحسبه كما يأتي، فلا فرق في حكم الشريعة بين من يأتي بما هو محذور من أول الأمر؛ كالضرب والغصب، ومن يأتي بمشروع أدى إلى محذور نتيجة التقصير، كل تتعلق به مسئولية المخالفة.

وبهذا يتبين أنّ التعسف في استعمال الحق في حكم الفقه هو من الفعل الضار أو الامتناع الضار أو العقد المحرم. ويترتب على التعسف أحكاماً بحسب التعسف وأثره، منها:

- 1 - إزالة الضرر عيناً كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقاً لجاره، فسد عليه النور والهواء، وسد النافذة التي فتحتها المالك، وكانت تطل على نساء جاره.
- 2 - التعويض عن الضرر إذا كان تلف نفس أو عضو أو مال.
- 3 - إبطال التصرف كإبطال زواج التحليل وبيع العينة والوصية الضارة بالورثة.
- 4 - المنع من ممارسة الحق كمنع الزوج من السفر بزوجه إذا قصد بالسفر إيذاءها.
- 5 - التعزير كالدعوى المرفوعة على الشرفاء للتشهير بهم.
- 6 - الإجبار على الفعل كإجبار التجار على البيع بسعر معين، وإجبار العمال على العمل بأجر المثل.

خامساً: معايير نظرية التعسف في استعمال الحق:

بتتبع المسائل الخاصة بالتعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، التي تعرض لها الفقهاء أثناء علاجهم لجزئيات الفقه المختلفة، أمكن وضع معايير خمسة يتوصل عن طريقها إلى الكشف عن وجود التعسف ومعرفته؛ بحيث يمكن أن تستوعب هذه المعايير جميع حالات وصور التعسف في استعمال الحق.

وهذه المعايير هي:

- 1- تمحُّص قصد الإضرار بالغير.
- 2- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير.
- 3- استعمال الحق في غير ما شرع من أجله.
- 4- استعمال الحق على وجه غير معتاد أو مع عدم مراعاة الحيطة والحذر.
- 5- ترتب الضرر الفاحش.

ونتكلم فيما يلي عن كل معيار من هذه المعايير، مع ذكر أمثلة لحالات وصور التعسف التي يمكن أن يشملها كل منها.

المعيار الأول - تمحُّص قصد الإضرار:

وقد نصَّ على هذا المعيار صراحة فقهاء الحنابلة؛ حيث قالوا عند شرح حديث: ((لا ضرر ولا ضرار)): وإنما المراد إلحاق

الضرر بغير حق، وهذا على نوعين؛ أحدهما: ألا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه. وعلى ذلك، فالشخص يكون مسيئاً في استعمال حقه: إذا لم يكن له من غرض عند استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير، حتى لو ترتب على هذا الاستعمال بعض المنافع والمصالح غير المقصودة، فلا عبرة بما طالما لم تكن مقصودة ابتداءً.

ومن هذا يتبين أنه يشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان:

أحدهما: أن يكون قصد صاحب الحق عند استعماله لحقه هو إلحاق الضرر بالغير.

والثاني: ألا يكون له قصد آخر من وراء هذا الاستعمال؛ بحيث إذا صاحب قصد الإضرار قصد تحصيل منفعة ما ولو كانت تافهة، فإن الفعل حينئذ لا يكون محكوماً بهذا المعيار، وإن كان التصرف في ذاته يعتبر إساءة في استعمال الحق، وإنما يحكمه معيار آخر، وهو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء جميعاً أن قصد الإضرار بالغير محرم؛ حيث نهي عنه الشارع في أكثر من مناسبة، فقد ورد في القرآن النهي عن المضارة في الوصية والرجعة والرضاع وغيرها، وقد ذكرنا النصوص الدالة على ذلك منذ قليل عند تعرضنا لبيان أدلة نظرية التعسف من الكتاب، كذلك فقد وردت أحاديث عن الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - تنهى عن الضرر.

وبشأن هذا الحديث الجامع: ((لا ضرر ولا ضرار)) الذي أوجب نفي الضرر في جميع الأفعال والتصرفات، يقول الإمام

الشاطبي: "لا إشكال في منع قصد الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على ألا ضرار في الإسلام".

ويقول أبو يوسف في الخراج: "لا يحل لمسلم أن يتعمد الإضرار لجاره، ولا القصد لتغريق أرضه، ولا لتحريق زرعه بشيء

يحدثه في أرض نفسه".

ولما كان قصد الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب تبينها أو إثباتها، فيمكن الاستدلال عليه بالقرائن، ومن ذلك خلو الفعل من المصلحة؛ حيث يعتبر قرينة على تمحُّص قصد الإضرار بالغير؛ إذ الأصل أن أفعال العقلاء لا تخلو عن مصلحة، فإذا جاء الفعل خالياً عن ذلك، كان هذا قرينة في القضاء على قصد الإضرار بالغير.

ومن تطبيقات هذا المعيار عند الفقهاء:

(أ) رجل أراد أن يحرق حصائد أرضه، فأوقد النار في حصائده، فذهبت النار إلى أرض جاره، فأحرق زرعها، لا يضمن، إلا

أن يعلم أنه لو أحرق حصائده تتعدى النار إلى زرع جاره؛ لأنه إذا علم، كان قاصداً إحراق زرع الغير، وكذلك رجل له قطن في أرضه، وأرض جاره لاصقة بأرضه، فأوقد النار من طرف أرضه إلى جانب القطن، فأحرق ذلك القطن، كان ضمان القطن على الذي أوقد النار؛ لأنه إذا علم أن ناره تتعدى إلى القطن كان قاصداً إحراق القطن.

(ب) قال ابن عتاب: الذي أقول به وأنقله من مذهب مالك أن جميع الضرر يجب قطعه، إلا ما كان من رفع بناء مانع

من هبوب الريح وضوء الشمس، وما كان في معناه، فلا يقطع على مذهب ابن القاسم إلا أن يثبت أن محدث ذلك أراد الضرر بجاره".

(ج) وجاء في تبصرة الحكام أيضا: "لو ادَّعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاما وامتھانا، لا تسمع الدعوى، ويؤدَّب المدَّعي".

ومن هذه الأمثلة يتبيَّن لنا: أن صاحب الحق يعتبر مسيئا في استعمال حقه، إذا كان قصده من الاستعمال هو الإضرار بالغير، وفي هذه الحال يجب منعه من استعمال حقه مع إلزامه بتعويض الغير عما أصابه من ضرر نتيجة هذا الاستعمال، ويجوز للحاكم أن يؤدِّبه أيضا إذا كان الحق المستعمل هو دعوى، وكان قصده من استعمالها التشهير بذوي الفضل والصلاح، وإلحاق المعرَّة بهم؛ وذلك ردعا له وزجرا لأمثاله من الصعاليك والأراذل.

المعيار الثاني: عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير:

وفي هذا المعيار يكون لصاحب الحق مصلحة عند استعماله لحقه، وفي نفس الوقت يترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير، يفوق في ضخامته المصلحة التي يجنيها صاحب الحق، ونظرا لهذا التفاوت بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير، اقتضى منطق العدل ومبدأ عدم جواز إلحاق الضرر بالغير الذي هو قاعدة من قواعد الإسلام، اقتضى ذلك منع صاحب الحق من استعماله لحقه، إذا لم يكن هناك تناسب بين مصلحته والضرر الذي يحلُّ بالغير.

بعض التطبيقات لهذا المعيار:

(أ) قضاء الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم - على سمرة بن جندب بقلع نخله كما ذكرنا القصة من قبل؛ دفعا لضرره عن الأنصاري حينما أصرَّ سمرة على الدخول إلى نخله إضرارا بالأنصاري، ورفض البيع والمناقلة والهبة؛ وذلك لأن سمرة - وإن كان صاحب حق ومصلحة في دخوله إلى نخله - إلا أن الضرر الذي يصيب الأنصاري وأهله بسبب هذا الدخول يفوق بكثير المصلحة التي يجنيها سمرة من ذلك، ومن هنا قضى الرسول - عليه السلام - بقلع نخل سمرة وإن كان في ذلك ضرر به؛ وذلك دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف.

وفي هذا يقول ابن القيم مُعلِّقا على قضاء الرسول - صلى الله عليه وآله وسلم -: "وإن كان عليه - أي صاحب الشجرة - في ذلك - أي في القضاء عليه بالقلع - ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها - أي الشجرة في بستانه - أعظم؛ فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه".

(ب) ما نصَّ عليه الفقهاء من جواز التسعير عند مغالاة التجار وأصحاب السلع في أثمان بضائعهم وسلعهم، وتجاوزهم الحدود المألوفة في الربح، فهذا التسعير وإن كان فيه ضرر بالتجار وأصحاب السلع، إلا أن الضرر الذي يُحدثه أقل بكثير، ومن المقرَّر شرعا: أن الضرر الخاص يتحمَّل من أجل دفع الضرر العام.

ومما يرتبط بجواز التسعير ما نصَّ عليه الفقهاء أيضا من منع الاحتكار وبيع السلع على المحتكرين حسب السعر القائم جبرا عليهم؛ وذلك دفعا للضرر العام بالضرر الخاص.

وفي ذلك يقول ابن القيم: "وقال أصحاب أبي حنيفة: لا ينبغي للسُّلطان أن يسعِّر على الناس إلا إذا تعلَّق به حق ضرر العامة، فإذا رفع القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله، على اعتبار السعر في ذلك، ونهاه عن الاحتكار، فإن أبي

حبسه وعزَّره على مقتضى رأيه زجرا له ودفعاً للضرر عن الناس، فإن تعدى أرباب الطعام وتجاوزوا القيمة تعدياً فاحشاً، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير، سَعَّره حينئذ بمشورة أهل الرأي والبصيرة".

(ج) ومن تطبيقات هذا المعيار أيضاً ما نصَّ عليه ابن نجيم في الأشباه والنظائر؛ حيث يقول: "طلب صاحب الأكثر القسمة وشريكه يتضرر، فإن صاحب الكثير يجاب على أحد الأقوال؛ لأن ضرره في عدم القسمة أعظم من ضرر شريكه بها؛ حيث يعتبر صاحب الأقل متعسفاً في استعمال حقه عند امتناعه عن إجابة صاحب الأكثر نتيجة عدم القسمة أكثر من ضرر شريكه الآخر صاحب الأقل بسببها، ينبغي إجابة صاحب الأكثر في طلبه القسمة دفعا للضرر الأشد بالضرر الأخف".

المعيار الثالث: استعمال الحق في غير ما شرع من أجله:

الحقوق في الإسلام شرعت لتحقيق مصالح جليلة وغايات سامية، ولم تشرع لمجرد التلهي، أو العبث، أو لاستغلالها فيما لا يفيد، وعلى ذلك فإذا استعمل الإنسان حقه في غير الغرض الذي شرع له، والغاية التي منح من أجلها، كان مناقضاً لقصد الشارع، ومسيئاً في استعمال حقه.

وهذا المبدأ لا يناع في صحته أحد من الفقهاء، وإنما هو محل اتفاق بينهم جميعاً، وإذا كان هناك خلاف في بعض مسأله، فإنما هو خلاف في التطبيق، وليس خلافاً في نفس المبدأ.

بعض التطبيقات لهذا المعيار:

(أ) جاء في المدونة: "أرأيت إن زوج الصغيرة أبوها بأقل من مهر مثلها، أيجوز ذلك عليها في قول مالك؟ قال: سمعت مالكا يقول: يجوز عليها نكاح الأب، فأرى إن زوجها الأب بأقل من مهر مثلها أو بأكثر، فإن ذلك جائز إذا كان إنما زوجها على وجه النظر لها، قال: ولقد سألت مالكا امرأة ولها ابنة في حجرها وقد طلق الأم زوجها عن ابنة له منها، فأراد أبوها أن يزوجها من ابن أخ له معدما لا شيء له، أفترى لي أن أتكلّم؟ قال: نعم، أرى لك في ذلك متكلّما، قال ابن القاسم: فأرى أن إنكاح الأب إياها جائز، إلا أن يأتي من ذلك ضرر، فيمنع من ذلك".

وواضح من هذا النص: أن حق الولاية على النفس مقيد بمصلحة الصغير؛ حيث يرى الإمام مالك أن حق الأب في تزويج ابنته الصغيرة التي هي في ولايته يجب أن يمارس على وجه النظر والمصلحة لها، فإذا رأى أن مصلحتها تتحقق في تزويجها من شخص معين جاز له أن يزوجها منه ولو بأقل من مهر مثلها، طالما كان في ذلك مصلحة لها، أما إذا انعدم وجه المصلحة في تصرف الأب بأن زوجها من شخص غير أمين عليها أو يسيء عشرتها ومعاملتها، فإن الأب حينئذ يكون مسيئاً في استعمال حق الولاية الذي منحه الشارع إياه، ويكون لمن تعنيه مصلحة الصغيرة ويهمه أمرها أن يخاصم الأب في ذلك، ويمنعه من إتمام هذا الزواج.

ويتفق الأحناف مع الإمام مالك فيما ذهب إليه من أن حق ولاية الأب في تزويج الصغيرة مقيد بمصلحتها، فلا يجوز للأب أو الجد أن يزوجا الصغيرة بأقل من مهر مثلها؛ لأن ذلك ليس من مصلحتها.

(ب) شرع الله - تعالى - البيع وسيلة للحصول على المال الطيب الحلال وحرّم الربا؛ لأنه وسيلة للمال الخبيث الحرام، فقال - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275]، ومن ذلك يتبين أن البيع مشروع لمصالح جليلة وغايات نبيلة، وأن الربا حرّمه الله - تعالى - نظراً لما يؤدي إليه من المكاسب الخبيثة، وما يترتب عليه من المضار التي تعصف بالفرد والجماعة، وما

يورثه من العداوة والبغضاء بين أفراد الأمة، ومن هنا ذهب الإمام مالك والإمام أحمد إلى تحريم بيع (العينة)؛ لأنه وإن كان في ظاهره بيع إلا أنه وسيلة إلى الربا، وتحايل عليه، والأشياء لا تشرع لذاتها، وإنما تشرع نظراً لما ترتب عليها من مصلحة، فإذا كان ما يترتب عليها ليس على وجه المشروعات كانت الوسائل المؤدية إليه غير مشروعة أيضاً، وإن كان ظاهرها يبدو موافقاً لمقاصد الشارع، وهذا ما قرره الإمام الشاطبي في أكثر من مناسبة؛ حيث يقول: "لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك؛ لأن مقصود الشارع فيها كما تبين، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع؛ لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت لأجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع، فليس على وضع المشروعات".

المعيار الرابع: استعمال الحق على وجه غير معتاد، أو مع عدم مراعاة الحيطة والحذر:

يتحقق التعسف في استعمال الحق وفقاً لهذا المعيار: إذا استعمل الإنسان حقه بأسلوب غير معتاد، وغير متعارف عليه بين الناس أو دون مراعاة لما يقتضيه واجب الاستعمال العادي من مراعاة للحيطة والحذر، فإذا ترتب على استعمال الإنسان لحقه بهذه الصورة ضرر بالغير كان متعدياً وعليه ضمان هذا الضرر باتفاق الفقهاء.

وقد نصَّ على هذا المعيار ابن رجب حيث يقول: "فأما التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره: فإن كان على غير الوجه المعتاد مثل أن يوجب في أرضه ناراً في يوم عاصف فيحترق ما يليه، فإنه متعدٍ بذلك وعليه الضمان"؛ وذلك لأن هبوب الرياح في مثل هذا اليوم العاصف يقتضي من الإنسان العادي الامتناع عن تأجيج النار في أرضه؛ لأن من شأن الرياح أن تنقل النار إلى ما جاورها من أشياء قابلة للاحتراق، فمن أوقد النار في أرضه في مثل هذا اليوم، فترتب على ذلك مضار لحقت بجاره ضمن، وذلك باتفاق الفقهاء، نظراً لاستعماله لحقه استعمالاً غير مشروع؛ حيث استعمله على وجه غير معتاد، ولم يراعِ الحيطة والحذر عند استعماله.

بعض التطبيقات لهذا المعيار:

(أ) رجل أحرق شوكاً أو تبناً في أرضه، فذهبت الرياح بالشرارات إلى أرض جاره وأحرقت زرعته، إن كان يُبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شر النار في العادة، فلا ضمان عليه؛ لأنه حصل بفعل النار، وأنه جبار، ولو كان بقرب من أرضه على وجه يصل شر النار غالباً، فإنه يضمن؛ لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة.

(ب) وجاء في مجمع الضمانات: "إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره فأفسدها، إن كان السقي غير معتاد

ضمن، وإن كان معتاداً لا يضمن".

وواضح من المثالين السابقين أن الإنسان مقيّد عند استعماله لحقه باستعماله على الوجه المعتاد المتعارف عليه بين الناس، فإذا ما استعمله على خلاف ذلك كان مسيئاً في استعمال حقه، فإذا ترتب على هذا الاستعمال ضرر بالغير كان ضامناً له، أما إذا استعمله على الوجه المعتاد فترتب على ذلك ضرر بالغير، فلا ضمان عليه؛ حيث لم يكن متعدياً أو مسيئاً في استعمال حقه.

(ج) وكتأجيج نار في يوم عاصف - أي شديد الرياح - فأحرقت شيئاً، فيضمن المال في ماله والدية على عاقلته، إلا أن

يكون في مكان بعيد لا يظن فيه الوصول إلى المحروق عادة فلا ضمان.

(د) جاء في المهذب للشيرازي: "إذا أجاج على سطحه نارا فطارت شرارة إلى دار الجار فأحرقتها أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة لم يضمن؛ لأنه غير متعد، وإن فعل ما لم تجر به العادة بأن أجاج من النار ما لا يقف على حدّ داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن؛ لأنه متعد".

(ه) جاء في كشف القناع عن متن الإقناع: "وإن أجاج نارا في موات أو في ملكه أو سقى أرضه فتعدى ما ذكر من النار والماء إلى ملك غيره فأتلفه لم يضمن الفاعل؛ لأن ذلك ليس من فعله ولا تعديه ولا تفريطه، إذا كان التأجيج أو السقي مما جرت به العادة بلا إفراط ولا تفريط، فإن فرط بأن ترك النار مؤججة والماء مفتوحا ونام، فحصل التلف بذلك وهو نائم، ضمن لتفريطه، كذلك إن أجاج نارا تسري في العادة لكثرتها، أو أجاجها في ريح شديدة تحملها إلى ملك غيره، ضمن لتعديه".

وواضح من هذه النصوص أن صاحب الحق يضمن إذا استعمل حقه على وجه لم تجر العادة عليه، أو لم يراع عند الاستعمال الحيطة والحذر مما ترتب على ذلك لحوق الضرر بالغير؛ حيث يعتبر متعديا نتيجة إساءته في استعمال حقه، أما إذا استعمله على وجه معتاد فترتب على ذلك ضرر بالغير، فلا ضمان عليه لعدم تعديه.

المعيار الخامس: ترتب الضرر الفاحش:

يعتبر الإنسان مسيئا في استعمال حقه إذا استعمله بطريقة يترتب عليها ضرر فاحش بالغير، مهما كانت قيمة المصلحة أو الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق نتيجة لهذا الاستعمال، وحينئذ يمنع صاحب الحق من استعماله لحقه بهذه الصورة؛ لأنه من المقرر شرعا أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، أما الاستعمال الذي يترتب عليه ضرر عادي ومألوف، فليس من التعسف، ولا يعتبر صاحبه مسيئا فيه، وبناء عليه فلا يمنع صاحب الحق منه، وإلا لأدّى ذلك إلى تعطيل الانتفاع بالحقوق؛ حيث لا يخلو استعمالها من بعض المضار التي يمكن تحملها عادة، مثل: رائحة الدخان التي تأتي من بيت الجار نتيجة طبخه أو خبزه على العادة، وكصوت المذياع الذي يمكن تحمله عادة، ونحو ذلك.

وقد حدّد بعض الفقهاء الضرر الفاحش بأنه: ما يكون سبب الهدم، وما يوهن البناء، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وما يمنع الحوائج الأصلية؛ كسد الضوء بالكلية.

والواقع أن تحديد الضرر الفاحش من الأمور التي تختلف باختلاف الأشخاص والأماكن والأزمان، فما يعتبر ضررا فاحشا بالنسبة لشخص معين أو في بعض الأمكنة والأزمنة، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر، أو في أمكنة وأزمنة أخرى؛ فالأصوات التي تنتج عن الآلات والمصانع تعتبر ضررا فاحشا بالنسبة لأشخاص تقتضي طبيعة عملهم الهدوء وعدم الضوضاء، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لأشخاص آخرين لا تقتضي طبيعة عملهم مثل ذلك، كذلك فإن مثل هذه الأصوات تعتبر ضررا فاحشا بالنسبة لمنطقة مخصصة للسكن أو في الأوقات المتأخرة من الليل، ولا تعتبر كذلك بالنسبة لمنطقة صناعية أو في وقت النهار.

وعلى ذلك ينبغي أن يترك تحديد مفهوم الضرر الفاحش إلى العرف السائد في جميع الأمكنة والأزمنة، فما يعتبره هذا العرف ضررا فاحشا ينبغي أن يؤخذ به، وبالتالي يمنع أصحاب الحقوق من استعمال حقوقهم إذا استعملوها على وجه يترتب عليه مثل هذا النوع من الضرر، وأما الضرر الذي لا يعتبره العرف فاحشا فلا يمنع أصحاب الحقوق منه؛ لأنهم غير مسيئين في استعمال حقوقهم، بناء على هذا المعيار، ومع ذلك فيمكن اعتبارهم مسيئين بناء على بعض المعايير السابقة التي تحدّثنا عنها من قبل.

بعض التطبيقات لهذا المعيار:

(أ) جاء في تبين الحقائق للزيلعي: "للإنسان أن يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات، ما لم يضر بغيره ضرا ظاهرا، ولو أراد بناء تئور في داره للخبز الدائم، كما يكون في الدكاكين، أو رحا للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجوز؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرا ظاهرا، لا يمكن التحرز عنه، والقياس أنه يجوز؛ لأنه تصرف في ملكه، وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة".
وواضح مما قرره الزيلعي: أن صاحب الحق يتقيد عند استعماله لحقه بعدم الإضرار بالغير ضرا فاحشا، فإن استعمل حقه على وجه ترتب عليه حقوق ضرر بالغير، وكان هذا الضرر فاحشا، منع من هذا الاستعمال لتعسفه فيه، مع إلزامه بتعويض من أصابه الضرر نتيجة لذلك.

(ب) جاء في المدونة: "أرأيت إن كانت لي عرصة إلى جانب دور قوم، فأردت أن أحدث في تلك العرصة حماما أو فرنا أو موضعا لرحا فأبى علي الجيران ذلك، أيكون لهم أن يمنعوني في قول مالك؟ قال: إن كان ما يحدث ضرا على الجيران من الدخان وما أشبهه، فلهم أن يمنعوك من ذلك؛ لأن مالكا قال: يمنع من ضرر جاره، فإذا كان هذا ضرا منع من ذلك، قلت: وكذلك إن كان حدادا فاتخذ فيها كبيرا أو اتخذ فيها أفرانا يسيل فيها الذهب والفضة، أو اتخذ فيها أرحية تضر بجدران الجيران، أو حفر فيها آبارا، أو اتخذ فيها كنيفا قرب جدران جيرانه منعه من ذلك؟ قال: نعم، كذلك قال مالك في غير واحد من هذا في الدخان وغيره، قلت لابن القاسم: أرأيت إن كانت دار الرجل إلى جنب دار قوم ففتح في غرفة كوى أو أبوابا يشرف منها على دور جيرانه، أئمنعه مالك من ذلك أم لا؟ قال: قال مالك: يمنع من ذلك".

(ج) جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون: "يمنع الرجل من إحداث إسطلب للدواب عند باب جاره، بسبب بولها وزيلها وحركتها ليلا ونهارا، ومنعها الناس من النوم، وكذلك الطاحون وكير الحداد وشبهه، وليس للرجل منع جاره من حفر بئر في داره إذا كانت الأرض صلبة لا تضر ببئر، وإن كانت رخوة وخشي أن ينشف ماء بئر منع".
وواضح من هذين النصين: أن أصحاب الحقوق يلتزمون عند استعمال حقوقهم بعدم الإضرار بالغير، فإن استعمل أحدهم حقه على وجه ترتب عليه إضرار بالغير، سواء كان هذا الإضرار ماديا، أو أدبيا كالإشراف على مقر النساء، منع من ذلك، مع إلزامه بتعويض الشخص المضور عما أصابه من ضرر نتيجة لهذا الاستعمال المتعسف فيه، وسواء كان هذا الضرر مباشرا أم بطريق التسبب.

(د) جاء في المغني لابن قدامة: "... وليس للجار التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره، نحو أن يبني فيه حماما بين الدور، أو يفتح خبازا بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخرهما، أو يحفر بئرا إلى جنب بئر جاره يجذب ماءها".
(ه) جاء في مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: "وحرّم على المالك أن يحدث بملكه ما يضر بجاره؛ لخبر: ((لا ضرر ولا ضرار))، احتج به أحمد، كحمام يتأذى جاره بدخان، أو ينضر حائطه بمائه، ومثله مطبخ سكر، وكنيف ملاصق لحائط جاره يتأذى بريجه، أو يصل إلى بئر، ورحا يهتر بها حيطانه، وتئور يتعدى دخانه إليه، وعمل دكان قصارة أو حدادة يتأذى بكثرة دقه، ويهز الحيطان؛ للخبر، ويحرم غرس شجر نحو تين كجميز تسري عروقه فتشق مصنع جاره، وحفر بئر ينقطع بها ماء بئر جاره، وسقي وإشعال نار يتعديان إلى جاره، ونحو ذلك من كل ما يؤذيه.

ويضمن من أحدث بملكه ما يضر بجاره ما تلف بسبب ذلك لتعديده، ولجاره منعه من ذلك، بخلاف طبخه وخبزه في ملكه، فلا يمنع منه؛ لدعاء الحاجة إليه، وليس ضرره لا سيما بالقري".

(و) وجاء في مطالب أولي النهى أيضاً: "ويلزم الأعلى من الجارين بناء سترة تمنع مشاركة الأسفل؛ لأن الإشراف على الجار إضرار به؛ لأنه يكشفه ويطلع على حرمة، فممنوع منه، وكذا لو كانت السترة قديمة فأنهضت، فإنه يجب إعادتها، فإن استويا في العلو اشتركا في بنائها؛ إذ ليس أحدهما أولى من الآخر بالسترة فلزمتها، ويجبر ممتنع منهما على البناء مع الحاجة؛ لأنه حق عليه، لتضرر جاره بمجاورته له من غير سترة، فأجبر عليه كسائر الحقوق، وإن كان سطح أحدهما أعلى من الآخر، فليس له الصعود على سطحه على وجه يشرف على بيت جاره، إلا مع السترة كما تقدّم".

وواضح من هذه النصوص أن المالك يتقيّد عند تصرفه في ملكه بعدم إلحاق ضرر فاحش بجاره، فإن أتى تصرفاً ترتّب عليه مثل هذا النوع من الضرر منع من ذلك، سواء كان الضرر مادياً أو أدبياً، مع تضمينه قيمة ما تلف بسبب هذا التصرف؛ لتعديده، وإلزامه بإقامة سترة تحول دون اطلاعه على عورات جاره، كقلم المضاره عنه.

سادساً: مجال النظرية:

إن الفقه الإسلامي لا يفرق - فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف - بين جميع الحقوق، فالأدلة التي تمنع المضارة والانحراف في الاستعمال وردت عامة في كل شأن من شؤون الحياة، حتى الأكل والشرب والجلوس في الطرقات، ويكون كذلك في استعمال الحقوق العامة التي اصطلح على تسميتها الرخص العامة، فكما يرد التعسف في استعمال الحق بمعناه الخاص، وهو ما كان صاحبه مختصاً به، يرد كذلك على الحريات والرخص العامة كحرية التعاقد وحرية التقاضي وحرية التجارة والاجتماع والمنافسة والتنقل وما إلى ذلك من الحريات العامة.

فالإباحة أو الحريات العامة هي إذن من الشارع، مع العلم أن مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع، فكلاهما يمنحان صاحبها مكنة الانتفاع لتحقيق غرض معين وينطبق التعسف عليها لأنه ينطوي على استعمال الفعل المأذون فيه شرعاً في غير ما شرع لها.

فالتعسف متصور في الإباحة كما هو متصور في الحق.

وقد أورد الفقهاء في باب تحريم التعسف أمثلة من الحق والإباحة دون وضع التفرقة بينهما ومن ذلك أن الإمام الشاطبي في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعاً، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبى بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج إليه المسجد من أرضه وبين تلقي السلع للمصلحة العامة وهذا من حرية التجارة وذلك تصرف في حق الملكية.

ونستنتج من كل ما سبق أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تسري على الحقوق وكذا الرخص والحريات العامة دون استثناء وذلك نتيجة لخصائص الشريعة الإسلامية والتي تتميز بالعمومية والشمولية.