

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية
قسنطينة

قسم الفقه وأصوله



كلية الشريعة والاقتصاد

مطبوعة بيداغوجية في مقياس النظريات الفقهية
موجهة لطلبة الماستر سنة أولى تخصص معاملات مالية معاصرة
- السداسي الثاني -

إعداد الدكتورة : بليلة بوزغار

السنة الدراسية : 1444هـ - 1445هـ الموافق لـ 2023/2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة :

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات فبعد إنجاز الجزء الأول من المطبوعة البيداغوجية المتعلقة بمقياس النظريات الفقهية لطلبة سنة أولى ماستر تخصص معاملات مالية معاصرة للسداسي الأول ، وإتماما للفائدة تأتي هذه المطبوعة لإكمال محتويات السداسي الثاني للتخصص نفسه والتي تشمل نظريتين هامتين لهما تطبيقات كثيرة في الواقع، وفي المعاملات المالية المعاصرة وهما " نظرية الضرورة الشرعية "، و نظرية " التعسف في استعمال الحق " .

وقد التزمت المفردات المقررة حسب المواءمة مع إضافة بعض العناصر مما رأيته مهماً لإيضاح المفهوم العام لكل نظرية، مع التركيز على بعض التطبيقات في المعاملات المالية المعاصرة باعتبار المطبوعة موجهة لطلبة هذا التخصص.

فنفع الله أعزائي الطلبة بها

بطاقة عن المقياس¹ :

عنوان الماستر: معاملات مالية معاصرة

السداسي: الثاني

اسم الوحدة: وحدات التعليم المنهجية

اسم المادة: النظريات الفقهية

الرصيد: 04

المعامل: 02

أهداف التعليم: التعرف على باقي النظريات الفقهية التي كانت محل بحث من قبل الفقهاء في العصر الحديث، وكيفية البناء الفقهي والنسق العام للتفسير، وإعطاء الطالب التصور الكلي والمفاهيم الكبرى التي تؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثقاً من الفقه الإسلامي.

المعارف المسبقة المطلوبة :

تاريخ التشريع، الفقه الإسلامي في السنة الأولى والثانية، النظريات الفقهية المدروسة في السداسي الأول .
محتوى المادة:

أولاً: نظرية الضرورة الشرعية

1- مفهوم الضرورة وضوابطها

2- حالات الضرورة

3- أدلة مشروعية مبدأ الضرورة

4- قواعد الضرورة وتطبيقاته

ثانياً: نظرية التعسف في استعمال الحق

1- مفاهيم أساسية عن النظرية

2- مفهوم التعسف في استعمال الحق

3- التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق

4- أدلة النظرية من الكتاب والسنة

5- معايير نظرية التعسف في استعمال الحق

6- مجال النظرية

طريقة التقييم: امتحان + متواصل

المراجع:

1- وهبة الزحيلي: نظرية الضرورة الشرعية

2- فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق

¹ - مواءمة عرض تكوين ماستر أكاديمي ، الميدان العلوم الإنسانية والاجتماعية الفرع ، العلوم الإسلامية - الشريعة - التخصص : المعاملات المالية معاصرة ، السنة الجامعية 2018/2017 ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، كلية الشريعة والاقتصاد قسم الفقه وأصوله .

أولاً: نظرية الضرورة الشرعية

1- مفهوم الضرورة وضوابطها

2 - حالات الضرورة

3- أدلة مشروعية مبدأ الضرورة

4- قواعد الضرورة وتطبيقاته

نظرية الضرورة الشرعية

تمهيد :

إنّ بحث الضرورة له أهمية بالغة خاصة في وفنتنا الحالي حيث يكثر الاحتجاج بها في مكانها الطبيعي، وفي غير مكانها وذلك بقصد إباحة المحظور ، وترك الواجب تحت ستار مبدأ التخفيف والتيسير على الناس ؛قال الشاطبي : " وربما استجاز هذا بعضهم في مواطن يدعى فيها الضرورة وإلجاء الحاجة، بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات؛ فيأخذ عند ذلك بما يوافق الغرض حتى إذا نزلت المسألة على حالة لا ضرورة فيها، ولا حاجة إلى الأخذ بالقول المرجوح أو الخارج عن المذهب...¹ " ، فما حقيقة الضرورة ؟وما ضوابطها؟ وما هي حالاتها؟ وما أدلة مشروعية مبدأ الضرورة؟ وما هي قواعدها ،ومجالات تطبيقها ؟

أولاً، تعريف الضرورة :

1- لغة :الضرورة :اسم لمصدر الاضطرار ؛تقول حملتني الضرورة على كذا ، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا² ... ،ورجل ذو ضارورةٍ و ضرورةٍ أي ذو حاجة وقد اضطرَّ إلى الشيء أي ألجئ إليه³...والضرورة :الحاجة ،والشدة لا مدفع لها ،والمشقة ...⁴

2-اصطلاحاً :تعددت تعريفات الفقهاء لها لكنّها تتجه كلها نحو بيان ضرورة

الغذاء منها ما يأتي :

¹ - الموافقات، تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ / 1997م، ج5ص99.

² - تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهرى الهروي، أبو منصور (المتوفى: 370هـ)، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة الأولى، 2001م، ج11ص315.

³ - مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، تحقيق : محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، طبعة 1415 هـ - 1995م، ص403.

⁴ -المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، تحقيق / مجمع اللغة العربية، دار النشر : دار الدعوة، ج1ص538.

قال الجصاص: "ومعنى الضرورة ههنا هو خوف الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل"¹.

وعرفها الزركشي والسيوطي **فقالا:** " بلوغه حدا ان لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو وهذا يبيح تناول المحرم"².

وقال المالكية: "الضرورة هي الخوف على النفس من الهلاك علما (أي قطعاً) أو ظناً"³، أو هي " خوف الموت ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت..."⁴، وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظناً.

وقال الشافعية: " (ومن) (خاف على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً) أو غير مخوف أو نحوهما من كل محذور يبيح التيمم ولم يجد حلالاً وهو معصوم غير عاص بسفره ونحوه (ووجد محرماً) غير مسكر كميته ولو مغلظة ودم (لزمه أكله) لقوله تعالى (فمن اضطر)⁵ الآية مع قوله (ولا تقتلوا أنفسكم)⁶ وكذا لو خاف العجز عن نحو المشي أو التخلف عن الرقعة إن حصل له به ضرر لا نحو

¹ - أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي - بيروت 1405هـ، ج1 ص 159 .

² - المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الثانية، 1405هـ، ج2 ص 319. الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبو بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1403هـ، ص85.

³ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2 ص115.

⁴ - القوانين الفقهية، ابن جزى، ص116.

⁵ - البقرة: 173

⁶ - النساء: 29

وحشة كما هو واضح ، وكذا لو أجهد الجوع وعيل صبره وغلبة الظن في ذلك كافية ، بل لو جوز السلامة والتلف على السواء حل له تناول المحرم " ¹.

3- تعريف الضرورة عند المعاصرين :

قال أبو زهرة : "الضرورة هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحذور ، أو يخشى ضياع ماله " ².

وقال الزرقا : "الضرورة أشد دافعا من الحاجة ، فالضرورة هي ما يترتب على عصيانها خطر ، كما في الإكراه الملجئ ، و خشية الهلاك جوعا" ³.

وقال محمد مصطفى الزحيلي : "الضرورة هي الحالة الملجئ إلى ما لا بد منه ، والضرورة أشد درجات الحاجة" ⁴.

والملاحظ أن هذه التعريفات قاصرة لا تشمل المعنى الكامل للضرورة على أنها مبدأ أو نظرية يترتب عليها إباحة المحذور أو ترك الواجب ، فاقترح وهبة الزحيلي التعريف الآتي :

"الضرورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيرته عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع" ⁵.

¹ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة - 1404هـ/1984م، ج8 ص159.

² - أصول الفقه، درأ الفكر العربي، ص 45.

³ - المدخل الفقهي العام ، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى 1418هـ-1998م ج2 ص 940 .

⁴ - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م، ج1 ص288

⁵ - نظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الرابعة : 1405هـ-1985م ، ص 67-

فهذا التعريف شامل لكل أنواع الضرورة وهي: ضرورة الغذاء والدواء ، والانتفاع بمال الغير ، والمحافظة على مبدأ التوازن العقدي في العقود ، والقيام بالفعل تحت تأثير الرهبة والإكراه ، والدفاع عن النفس أو المال ونحوهما، وترك الواجبات الشرعية المفروضة، وهذا المعنى الأعم للضرورة ، أما معناها الخاص بدفع ضرر خارجي قاهر كالحريق أو ضرر داخلي كالجوع فليس موضوع بحثنا وإن كان هو المعنى الشائع عند العلماء ¹.

وأورد الباحثين تعريفاً مشابهاً لكنّه مختصراً بقوله " هي الحالة التي تطرأ على الإنسان بحيث لو لم تراعى لجزم ،أو خيف أن تضيق مصالحه الضرورية " ².

4- تعريف الضرورة عند الأصوليين : قال الشاطبي : " فأما الضرورية فمعناها أنها لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين " ³.

والفرق بين اصطلاح الفقهاء وبين اصطلاح الأصوليين: أن الفقهاء يقصدون بها الحالة التي يهلك فيها المكلف إذا استمر على تطبيق الحكم الأصلي ولم يأخذ بالرخصة كالمضطر على أكل الميتة وقد يقصدون بها الحاجة العامة ،وأما أهل الأصول فيقصدون بها المصلحة التي لا بد من تحقيقها لتستقيم أمور الدين والدنيا ⁴.

¹ -المرجع نفسه ، ص 68.

² - رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، يعقوب عبد الوهاب الباحسين ، مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة الرابعة 1422هـ - 2001م ، ص 438

³ -الموافقات في أصول الفقه، تحقيق عبد الله دراز ، دار المعرفة - بيروت، ج2 ص8.

⁴ - ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة ، وليد صلاح الدين الزير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 26، العدد 1، سنة 2010، ص 680.

ثانياً، العلاقة بين الضرورة ومصطلحات ذات صلة :

1-العلاقة بين الضرورة والحاجة : قبل بيان العلاقة لابد من التعرف على حقيقة الحاجة لغة واصطلاحاً كما يأتي:

حقيقة الحاجة :

لغة : اسم مصدر للفعل احتاج ؛ قال ابن فارس "الحاء والواو والجيم أصل واحد ، وهو الاضطرار إلى الشيء ..."¹، وقال الفيروزآبادي : " والا اضطرار : الا احتياج إلى الشيء . واضطره إليه : أحوجه وألجأه فاضطر بضم الطاء والاسم : الضرة والضرورة : الحاجة "² ، فيظهر أنهما لا يفرقان بين الحاجة والضرورة وجاء لفظ الحاجة في القرآن الكريم بمعنى الرغبة ؛قال تعالى : (...إلّا حاجة في نفس يعقوب قضاها)³ ، وتأتي بمعنى الافتقار إلى الشيء ⁴ وهو يشير إلى غيره من المعاني

اصطلاحاً : تعددت تعريفات الحاجة بحسب موضع استعمالها (فهي تذكر في باب أقسام المصالح وفي مسالك التعليل في القياس فذكروها مضافة إلى غيرها المصلحة الحاجية ، الوصف المناسب الحاجي) ؛منها ما يأتي :

قال الجويني : دفع الضرر واستمرار الناس على ما يقيم قواهم "⁵...وهو يصدق على الضرورة . وقال الشاطبي : "وأما الحاجيات فمعناها أنه مفتقر إليها من حيث

¹ - معجم مقاييس اللغة ابن فارس ، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، الطبعة : 1399 هـ - 1979 م، ج2 ص114.

² - القاموس المحيط ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م، ص428.

³ - يوسف :68.

⁴ - لسان العرب ، ج2 ص242

⁵ - الغيathi غياث الأمم في التياث الظلم، المحقق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، الطبعة: الثانية، 1401 هـ، ص480

التوسعة ورفع الضيق المؤدي في إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب ،
وإذا لم تراخ دخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة "1.

ويلاحظ على التعريف أنه يقتصر على الحاجة العامة ولم يشمل الحاجة الخاصة
وعرفها المعاصرون بتعريفات كثيرة المختار منها هو :

الحاجة : "الافتقار إلى الشيء ، لأجل التوسعة ورفع الضيق والمشقة مما يخالف
الأدلة أو القواعد الشرعية "2.

- شرح التعريف وبيان محترزاته :

الافتقار إلى الشيء: أي أنها ليست من الأمور الزائدة أو الكمالية ...

لأجل التوسعة ...: السبب هو رفع الضيق والمشقة عن المكلفين وليس مجرد
الافتقار، فيه احتراز عن الضرورة فكلاهما مفتقر إليه ويختلفان في وجه الافتقار،
فالضرورة مفتقر إليها من حيث المحافظة على المصالح الضرورية

مما يخالف الأدلة أو القواعد الشرعية: وفي هذا القيد بيان أن الأحكام الثابتة
بالحاجة ليست أحكاماً أصلية وإنما هي من قبيل الأحكام الاستثنائية التي خولفت
فيها أدلة الشريعة الخاصة أو قواعدها العامة لأمر يقتضي ذلك.

- علاقة الحاجة بالضرورة : يعد مصطلح الضرورة من أشد المصطلحات
علاقة بالحاجة إن لم يكن أشدها على الإطلاق :

أوجه الشبه بينهما :

¹ -الموافقات ، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان ،الطبعة الأولى 1417هـ/ 1997ج2ص21.

² -الحاجة وأثرها في الأحكام ،أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد ،- دار إشبيلية ، المملكة العربية السعودية ، ط1
،1429هـ،2008، ج1 ص 48 وما بعدها (رسالة دكتوراه).

-كل منهما يطلق على ما يفتقر إليه بغض النظر عن درجة الافتقار وهذا سبب التداخل بينهما .

-كلاهما له أثر متقارب في تغيير الأحكام أو تبديلها أو تقديمها أو تأخيرها ولذلك يقال الحاجة تنزل منزلة الضرورة .

-الحاجة تعد ميزانا لقدر ما يباح لأجل الضرورة ومن ذلك قاعدة : الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدر الحاجة .

- الحاجيات تحتل المرتبة الثانية بعد الضروريات من حيث الأهمية .

أوجه الافتراق:

من حيث حقيقة كل منهما فالأولى لأجل التوسعة ورفع الضيق والمشقة، والثانية هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا . فالضرورة بلوغه حدا إن يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو وهذا يبيح المحرم، والحاجة كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة وهذا لا يبيح المحرم .

وقال محمد العثيمين : "...والفرق بين الحاجة والضرورة: أن الحاجة : هي التي يكون بها الكمال، والضرورة : هي التي يندفع بها الضرر ؛ ولهذا نقول : المحرم لا تبيحه إلا الضرورة ، قال الله تعالى : (وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)¹ ، والمكروه تبيحه الحاجة ، مثال الحاجة : إذا ضاق المسجد عن أهله ، ولم يمكن توسيعه ؛ لأن الناس لا يمكن أن يصلوا في الصيف في الشمس ، ولا في المطر في أيام الشتاء"².

¹ - الأنعام : 119

² - الفروق في الشرح الممتع ، المصدر: موقع مكتبة صيد الفوائد

2-العلاقة بين الضرورة والرخصة

- تعريف الرخصة لغة واصطاحا :

الرخصة في اللغة هي: التسهيل في الأمر والتيسير¹

اصطلاحا : الحكم الثابت على خلاف الدليل الشرعي لمعارض راجح²

وعرفها الشاطبي : " فما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه..."³.

وقد تكون الرخصة واجبة؛ كأكل الميتة للمضطر، وقد تكون مندوبة؛ كقصر المسافرين الصلاة عند الجمهور إذا اجتمعت الشروط وانتفت الموانع، وقد تكون مباحة؛ كالجمع بين الصلاتين في غير عرفة ومزدلفة عند الجمهور وبالتالي تتساوى الرخصة مع الضرورة في حالة الوجوب.

-العلاقة بينهما :

فتكون العلاقة بينهما: الرخصة أعم مطلقا من الضرورة ؛ كل ضرورة رخصة وليست كل رخصة ضرورة فالعلاقة بينهما علاقة عموم وخصوص⁴.

¹ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت، ج1 ص223.

² - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت سنة النشر 1418هـ - 1997م، ج2 ص433، روضة الناظر وجنة المناظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، الطبعة الثانية ، 1399هـ، تحقيق عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، ص60.

³ - الموافقات في أصول الفقه، تحقيق : عبد الله دراز ، دار المعرفة - بيروت،، ج1 ص301.

⁴ - حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ب، محمد بن حسين الجيزاني ، مكتبة دار المنهاج السعودية ، الطبعة الأولى 1428هـ، ص59.

3-العلاقة بين الضرورة والمشقة :

- تعريف المشقة لغة واصطلاحاً :

المشقة لغة : وهي الشدة¹، وجاء في القاموس الفقهي المشقة بالتحريك وتشديد القاف مصدر شق ج مشاق ومشقات : العسر² .
اصطلاحاً : العسر والعناء الخارجين عن حد العادة في الاحتمال³.

-علاقة الضرورة بالمشقة

إن العلاقة بينهما تتضح ببيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما كما يأتي :
أوجه التشابه :

-كلاهما من أسباب التيسير ورفعى الحرج

- يطلقان في اللغة على نفس المعنى

أوجه الاختلاف :

الضرورة هي أعلى أنواع المشاق رتبة حيث أن المشاق على مراتب :قال القرافي : "الفرق الرابع عشر بين قاعدتي المشقة المسقطة للعبادة والمشقة التي لا تسقطها وتحرير الفرق بينهما أن المشاق قسمان : أحدهما لا تنفك عنه العبادة كالوضوء والغسل في البرد والصوم في النهار الطويل والمخاطرة بالنفس في الجهاد ونحو ذلك فهذا القسم لا يوجب تخفيفاً في العبادة لأنه قرر معها وثانيهما المشاق التي تنفك العبادة عنها وهي ثلاثة أنواع : نوع في الرتبة العليا كالخوف على النفوس والأعضاء والمنافع فيوجب التخفيف لأن حفظ هذه الأمور هو سبب مصالح الدنيا والآخرة فلو حصلنا هذه العبادة لثوابها لذهب أمثال هذه العبادة ونوع في المرتبة

¹ -لسان العرب ، ابن منظور ، ج10 ص181.

² -معجم لغة الفقهاء ، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، دار النفائس ، الطبعة:الثانية، 408 هـ - 1988 م، ص431.

³ - المصدر السابق ، ص431.

الدنيا كأدنى وجع في أصبع فتحصيل هذه العبادة أولى من درء هذه المشقة لشرف العبادة وخفة هذه المشقة النوع الثالث مشقة بين هذين النوعين فما قرب من العليا أوجب التخفيف وما قرب من الدنيا لم يوجبه وما توسط يختلف فيه لتجاذب الطرفين له فعلى تحرير هاتين القاعدتين تتخرج الفتاوى في مشاق العبادات" ¹ .

- العلاقة بينهما :

فالعلاقة بينهما هي العموم والخصوص المطلق؛ إذ المشقة أعم مطلقاً من الضرورة؛ حيث إن كل ضرورة مشقة وليس كل مشقة ضرورة ² .

3-العلاقة بين الضرورة والحرَج :

- تعريف الحرَج لغة واصطلاحاً :

الحرَج لغة : قال ابن الأثير الحرَج في الأصل الضيق ... وقيل الحرَج أضيق الضيق ³ .

الحرَج اصطلاحاً هو : "كل ما يؤدي إلى المشقة التي لا يقدر عليها المكلف ولا يستطيع القيام بها، أو المشقة التي يقدر عليها؛ ولكن بإجهد كبير وعنت شديد قد يفوت عليه بعض المصالح المشروعة، أو يجلب له بعض المفساد المضرة" ⁴ .
العلاقة بينهما :

والصلة بين الضرورة والحرَج أن الضرورة هي أعلى أنواع الحرَج الموجبة للتخفيف ⁵ .

3-العلاقة بين الضرورة والمصلحة

¹ - أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ ج2ص16.

² - حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ب، محمد بن حسين الجيزاني، ص61.

³ - لسان العرب، ابن منظور، ج2ص233

⁴ - علم المقاصد الشرعية، نور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى 1421هـ - 2001م، ص129

⁵ - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، ج 28 ص192

- تعريف المصلحة لغة واصطلاحاً :

المصلحة لغة : من الفعل صلح : ص ل ح : الصَّلَاحُ ضد الفساد... و المَصْلَحَةُ واحدة المَصَالِحِ و الاستِصْلَاحُ ضد الاستفساد¹.

المصلحة اصطلاحاً : عرّفها الغزالي بقوله " أما المصلحة فهي عبارة عن الأصل عن جلب منفعة أو رفع مضرة . ولسنا نعني به ذلك فإن جلب المنفعة ورفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكننا نعني بالمصلحة المحافظة علي مقصود الشرع :ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسده ودفعها مصلحة"².

- العلاقة بينهما :

المصالح على مراتب منها الضرورية والحاجية والتحسينية، ومن جهة أخرى فإن المصلحة الشرعية قد تقع في الأحوال العادية كتناول الطيبات والامتناع عن أكل الميتة، وقد تقع في الأحوال غير العادية وهي حالة الاضطرار ؛كأكل الميتة حال الاضطرار؛ وبهذا يظهر جلياً أنّ المصلحة أعم من الضرورة مطلقاً ؛ فكل ضرورة مصلحة وليست كل مصلحة ضرورة³.

¹ - مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق : محمود خاطر ، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، طبعة سنة 1415 هـ - 1995 م، ص 375.

² - المستصفي من علم الأصول، دراسة وتحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1997 م، ج 1 ص 378.

³ - حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ، محمد بن حسين الجيزاني، ص 63

ثالثاً، ضوابط الضرورة :

1- تعريف الضابط :

لغة : الضبط لزوم الشيء وحبسه ضبط عليه وضبطه يضبط¹.

اصطلاحاً : للعلماء في تعريف الضابط ثلاثة اتجاهات هي:

الاتجاه الأول: أن الضابط والقاعدة بمعنى واحد؛ فهما مترادفان، وهو مبني على عدم التفريق بينهما؛ فعرفه أصحاب هذا الاتجاه كتعريف القاعدة. يقول ابن أمير الحاج: " القاعدة (كالضابط والقانون والأصل والحرف) فهي ألفاظ مترادفة اصطلاحاً"². والقاعدة عندهم: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"³.

الاتجاه الثاني: أن الضابط أخص من القاعدة، فعرفه أصحاب هذا الاتجاه بتعريف مغاير لتعريف القاعدة للتفريق بينهما. يقول ابن النجار: "والغالب فيما يختص بباب، وقُصد به نظم صور متشابهة يسمى ضابطاً، وإن شئت قلت: ما عمّ صوراً؛ فإن كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به اشتركت الصور في الحكم، فهو المُدرِك، وإلا فإن كان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع

¹ - لسان العرب ، ج7 ص340.

² - تيسير التحرير ، دار الفكر ، ج1 ص15.

³ - الأشباه والنظائر ، تاج الدين بن تقي الدين السبكي (المتوفي 771هـ)، دار الكتب العلمية الطبعة الأولى سنة 1411هـ - 1991م ، ج1 ص11.

الضبط، من غير نظر في مأخذها، فهو الضابط، وإلاّ فهو القاعدة"¹. فيكون تعريف الضابط: "أمر كُلِّي يختص بباب واحد، ويُقصد به نظم صور متشابهة"².

الاتجاه الثالث: أن الضابط أعمّ من القاعدة، ولم أجد من قال به إلا أن أحمد الحموي نسبته إلى بعض المحققين، فقال: "في عبارة بعض المحققين ما نصه: ورسوموا الضابطة بأنها أمر كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه، قال: وهي أعم من القاعدة، ومن ثم رَسَمُوها بأنها صورة كلية يتعرف منها أحكام جميع جزئياتها"³.

والاتجاه الثاني هو الأقرب لأن المقصود هو ضبط الصور التي تدخل فيها حالات الضرورة والتي جمعها الزحيلي⁴ فيما يأتي :

1- أن تكون قائمة لا منتظرة: أي أن يحصل في الواقع خوف الهلاك على النفس أو المال وذلك بغلبة الظن حسب التجارب، أو يتحقق وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس... فيجوز حينئذ الأخذ بالأحكام الاستثنائية لدفع الخطر ولو أدى ذلك إلى إضرار الآخرين عملاً بقاعدة "إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"⁵.

¹ - شرح الكوكب المنير ، المتوفي 972 هـ ، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد ، مكتبة العبيكان الطبعة الثانية 1418 هـ - 1997 م ، ج1 ص30.

² - التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي، سنة الولادة 817 هـ / سنة الوفاة 885 هـ، تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، الناشر مكتبة الرشد، سنة النشر 1421 هـ - 2000 م، السعودية / الرياض، ج1 ص126.

³ - غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر توفي 1098 هـ دار الكتب العلمية بيروت / لبنان ، سنة 1405 هـ - 1985 م ، ج2 ص5.

⁴ - نظرية الضرورة الشرعية ، وهبة الزحيلي ، ص 68-72 (بتصرف)

⁵ - الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ،: الشَّيْخُ زَيْنُ الْعَابِدِينَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ نُجَيْمٍ (926-970 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: 1400 هـ = 1980 م، ص89.

2- أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية ، أو لا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة فمن استطاع في الأحوال العادية أن يقتصر من غيره بدون فائدة ، فلا يجوز له إطلاقا الاقتراض بفائدة أو البيع بالربا .

3- أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يخشى تلف النفس والأعضاء كما لو أكره إنسان على أكل الميتة بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه مع وجود الطيبات المباحات أمامه ...

4- ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية مثل الصلح الدائم مع اليهود وكل ما يجوز هو الهدنة المؤقتة التي يجوز تمديد مدتها بحسب الضرورة والحاجة .

5- أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة في رأي جمهور الفقهاء على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر لأن إباحة الحرام ضرورة والضرورة تقدر بقدرها .

6- أن يصف المحرم - في حال ضرورة الدواء - طبيب عدل ثقة في دينه وعلمه ، وألا يوجد في غير المحرم علاج أو تدبير آخر ...

7- أن يمر في رأي الظاهرية على المضطر للغذاء يوم وليلة¹ دون أن يجد ما يتناوله من المباحات وليس أمامه إلا الطعام الحرام ...، والأصح أنه لا يتقيد الاضطرار بزمان مخصوص لاختلاف الأشخاص في ذلك.

8- أن يتحقق ولي الأمر -في حالة الضرورة العامة - من وجود ظلم فاحش ، أو ضرر واضح ، أو حرج شديد أو منفعة عامة بحيث تتعرض الدولة للخطر إذا لم تأخذ بمقتضى الضرورة ، وبناء عليه تسامح الفقهاء في شؤون العلاقات

¹ - المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج6 ص105.

الخارجية أو التجارة الدولية ؛فأجازوا مثلاً للدولة في تعاملها مع الأجانب دفع أتاوات سنوية لدفع خطر الأعداء أو من أجل المحافظة على كيان البلاد ، كما أن بعض الفقهاء أجاز دفع فوائد ربوية عن قروض خارجية تمس إليها حاجة الدولة العامة .

9- أن يكون الهدف في حالة فسخ العقد للضرورة هو تحقيق العدالة أو عدم الإخلال بمبدأ التوازن العقدي بين المتعاقدين .

وقد جمعها محمد بن حسين الجيزاني¹ في خمسة ضوابط هي:

1- قيام الضرر الفادح أو توقع حصوله يقيناً أو غالباً

2- تعذر الوسائل المباحة لإزالة هذا الضرر ؛فيتعين إذ ذاك ارتكاب المحظور الشرعي لأجل إزالته

3- 4- أن تقدر هذه الضرورة بقدرها : من حيث المقدار (الكم) ، ومن حيث الوقت

5-النظر إلى المآل ؛ وذلك أن لا يترتب على العمل بالضرورة ضرر مساو أو ضرر أكبر من الضرر الحاصل

رابعاً، حالات الضرورة²:

تقسم الضرورة باعتبارات مختلفة تدخل فيها حالات كثيرة للضرورة يمكن اختصارها فيما يأتي :

¹ - حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ، مكتبة دار المنهاج ، الطبعة الأولى ، 1428هـ ، ص 67

² - نظرية الضرورة الشرعية ، وهبة الزحيلي ، ص 73-192.

1- ضرورة الغذاء والدواء :

لقد نص القرآن الكريم صراحة على ضرورة الجوع أو المخمصة فأجاز للمضطر أكل الميتة والخنزير وشرب الدم وغيرها... فالجوع ونحوه ضرر يدفع الإنسان إلى تكلف أكل الميتة ونحوها وإن كان يعافها طبعاً والمقصود به هو الجوع الذي لا يجد الجائع شيئاً يسد رمقه إلا المحرم .

مسائل :

- لم يجز مالك وأحمد تناول شيء من الخمر حال الضرورة لجوع أو عطش لأنها لا تفيد في ذلك إلا لاساغة الغصة ؛ قال ابن جزي : "...أما الضرورة فهي خوف الموت ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت وأما جنس المستباح فكل ما يرد جوعاً أو عطشاً كالميتة من كل حيوان إلا ابن آدم وكالدم والخنزير والأطعمة النجسة والمياه النجسة إلا الخمر فإنها لا تحل إلا لساعة الغصة على خلاف فيها ولا تباح لجوع ولا لعطش لأنها لا تدفع وقيل تباح ولا يحل التداوي بها في المشهور"¹، وغيره يرى أن الضرورة تبيح تناول كل المحرمات المطعومات لعموم الآية (... قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ...)².

- الحرام عام في كل الأمكنة والأزمنة والأشخاص والحالات ، كذلك حكم الضرورة المستثناة يقتضي إباحة المحرمات عند الاضطرار إليها في كل الأوضاع حضراً أم سفراً .

- جواز الأكل من ثمار البساتين المملوكة للغير بشرط الضمان للحاجة ...

- لا يجوز تناول لحوم البشر عند الضرورة مسلماً كان أو كافراً لأنه مثله وهذا لاخلاف فيه ، كما لا يجوز عند المالكية الأكل من ميتة ابن آدم حفاظاً على مبدأ

¹ - القوانين الفقهية ، ص116

² - الأنعام : 119.

حرمة الإنسان وكرامته .وأباح الحنابلة الميت غير المعصوم كالحربي والمرتد والزاني المحصن والقاتل في المحاربة، وأجاز الشافعية وبعض الحنفية إذا لم يجد ميتة غيره لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت إلا إن كان الميت نبيا : قال القرطبي " ولا يأكل ابن آدم ولو مات، قاله علماؤنا، وبه قال أحمد وداود. احتج أحمد بقوله عليه السلام: (كسر عظم الميت ككسره حيا). وقال الشافعي: يأكل لحم ابن آدم. ولا يجوز له أن يقتل ذميا لأنه محترم الدم، ولا مسلما ولا أسيرا لأنه مال الغير. فإن كان حربيا أو زانيا محصنا جاز قتله والأكل منه. وشنع داود على المزني بأن قال: قد أبحت أكل لحوم الأنبياء فغلب عليه ابن شريح بأن قال: فأنت قد تعرضت لقتل الأنبياء إذ منعهم من أكل الكافر. قال ابن العربي: " الصحيح عندي ألا يأكل الآدمي إلا إذا تحقق أن ذلك ينجيه ويحييه " ¹ .

-لا يجوز في غير حالة الحرب الاعتداء ولو عند الاضطرار على حياة الإنسان والتبرع بعضو من حي لآخر إلا في حالة التأكد من الوفاة ...

-حالة العطش أو المداواة مثل حالة الجوع.

-يجوز استعمال الكحول ومشتقاته في الأدوية للضرورة ...

2-الإكراه الملجئ :

*تعريف الإكراه :

-الإكراه لغة : " (أَكْرَهْتُهُ) على الأمر (إكْرَاهًا) حملته عليه قهرا" ².

¹ - الجامع لأحكام القرآن تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964م، ج2ص229.

² - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت، ج2ص531

-اصطلاحاً : "فعل يوقعه الإنسان بغيره يفوت به أي بذلك الفعل رضاه أي رضى ذلك الغير فقط بدون فساد اختياره كالحبس مثلاً أو يفسد اختياره مع تحقق عدم الرضى أيضاً كالتهديد بالقتل مثلاً"¹.

* شروط الإكراه:

يشترط لتحقيق الإكراه ما يلي²:

- أن يكون الإكراه بغير حق
- قدرة المُكْرَه على تنفيذ ما هَدَدَ به
- عجز المستكره عن دفع الإكراه بهرب أو غيره
- أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه
- أن يكون التهديد مما يستتضر به كثيراً كالقتل، والحبس الطويل، وإتلاف المال

- أن يترتب على فعل المُكْرَه به الخلاص من المهدد به.

لذلك قيل وحد الإكراه: "أن يهدد قادر عليه بعقاب عاجل لأجله يؤثر العاقل الإقدام على ما أكره عليه بشرط أن يغلب على ظنه أنه يحقق ما هدد به إن امتنع من ذلك وأن يعجز عن الدفع بنحو هرب أو مقاومة أو استغاثة ولا يشترط تنجيز العاجل بل يكفي التوعد لفظاً..."³.

¹ -مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبلي المدعو بشيخي زاده، سنة الولادة / سنة الوفاة 1078هـ، دار الكتب العلمية، سنة النشر 1419هـ - 1998م، لبنان/ بيروت ج4 ص38.

² - موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوجري، بيت الأفكار الدولية، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009 م، ج3 ص652.

³ - الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، أحمد بن محمد بن محمد بن علي ابن حجر المكي الهيتمي، (ت: 974 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م، ج9 ص145.

*أنواع الإكراه:

الإكراه نوعان: نوع يعدم الرضاء ويفسد الاختيار، وهو ما خيف فيه تلف النفس، ويسمى إكراهاً تاماً أو إكراهاً ملجئاً. ونوع يعدم الرضاء ولا يفسد الاختيار، وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة كالحبس والقيد لمدة قصيرة، والضرب الذي لا يخشى منه التلف، ويسمى إكراهاً ناقصاً أو إكراهاً غير ملجئ¹.

والمقصود هنا هو النوع الأول فالإكراه الملجئ هو الذي يعتبر حالة من حالات الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيات وما استكروها عليه"²...

* أثر الإكراه على المحظورات الشرعية الحسية أي الفعلية بالنسبة لأحكام الآخرة وأحكام الدنيا³:

*بالنسبة لأحكام الآخرة: يختلف باختلاف التصرف الحسي الذي هو ثلاثة أنواع: مباح، ومرخص فيه، وحرام:

1-التصرف المباح بالإكراه: هو أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر فإن الإكراه الملجئ يبيح تناول هذه الأشياء لأن تحريمها ثبت في الأحوال العادية، أما عند الضرورة فقد أباحها الله تعالى بقوله (إلما اضطررتم إليه)، والاستثناء من التحريم إباحة حتى أن المستكره إذا امتنع عن تناولها حتى قتل كان آثماً شرعاً..

2-التصرف المرخص فيه بالإكراه: وهو كإجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان... فهذا لا يباح إطلاقاً إنما يرخص فعلها في الظاهر عند الإكراه الملجئ، وإن امتنع المستكره عن فعلها حتى قتل كان مثاباً ثواب الجهاد وصار شهيداً...

¹ -التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار الكتب العلمية، ج2 ص120.

² - المستدرك بتعليق الذهبي، الإمام الحاكم أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد، كتاب الطلاق، ج2 ص500.

³ - نظرية الضرورة الشرعية، وهبة الزحيلي، ص 88-99.

3-التصرف الحرام، الذي لا يؤثر فيه الإكراه إطلاقاً: وهو قتل المسلم بغير حق أو قطع عضو من أعضائه ، أو ضرب الوالدين أو الزنا بالمرأة كل ذلك لايباح ولا يرخص بالإكراه مطلقا ...

***وأما الأحكام الدنيوية :**

الإكراه على شرب الخمر: إذا كام ملجئاً لا يجب الحد ، ولا تنفذ تصرفات المكروه على شرب الخمر.

الإكراه على السرقة: لا إثم على السارق ولا حد عليه إذا كان الإكراه تاما .

الإكراه على الكفر: لا يحكم بالردة ولا تبين إمرأته اتفاقا بين الفقهاء عدا المالكية فيما إذا كان التهديد بغير القتل وأقدم المهدد على الكفر فإنه يرد عندهم لأن غير القتل أقل خطورة من الكفر¹ .

الإكراه على إتلاف المال: الضمان والتعويض الواجب هو على المكروه عند الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية ، وقال المالكية والظاهرية وبعض الشافعية وجماعة من الحنابلة الضمان على المستكره ...

الإكراه على القتل: اتفق الفقهاء على تأنيب من قتل غيره مكرها واختلفوا في وجوب القصاص إن كان الإكراه تاما .

الإكراه على الزنا: إذا أكرهت المرأة على الزنا فلا يقام عليها الحد الشرعي عند جمهور الفقهاء سواء كان الإكراه تاما أو ناقصا ، وإذا أكره الرجل على الزنا إكراها تاما فلا يجب الحد عند الحنفية والشافعية على الأرجح عندهم ، وقال المالكية يجب الحد على الرجل الزاني لأن هذا الفعل لا يتحقق عادة بدون طوعية واختيار وأوجب المالكية في مشهور مذهبهم الحد على المرأة المستكرهة أيضا ...

¹ -حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (المتوفى: 1189هـ)،المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر - بيروت، 1414هـ - 1994م، ج1ص121.

والخلاصة أنّ : الاكراه الملجئ أو التام يبيح تناول المطعومات المحرمة ويجيز إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان ولكنه لا يبيح الجرائم التي تضر بالأفراد كالقتل والجرح والزنا، أما بالنسبة للعقاب الشرعي المقرر على اقتراف بعض الجرائم كشرب الخمر والسرقة ... فلا يطبق على المستكره كما لا يلزم بتعويض ما أتلّفه من أموال الآخرين .

2- النسيان :

*تعريفه:

لغة : (نسي) النون والسين والياء أصلان صحيحان: يدلُّ أحدهما على إغفال الشيء، والثاني على ترك شيء¹. وهوله نفس معنى السهو².

اصطلاحاً : وهو " (عدم الاستحضار) للشيء (في وقت حاجته)"³.

***حكمه :** يعتبر عذراً شرعياً يرفع الإثم والمؤاخذه على ترك حقوق الله تعالى ، أما بالنسبة لترتب الحكم على الفعل فقد قسم الحنفية النسيان إلى نوعين :

- إما أن يقع النسيان بتقصير من الإنسان كالأكل في الصلاة فإنه يفسدها لوجود حالة تذكر الإنسان بما هو فيه وهو هيئة الصلاة ، فهذا النوع لا يعتبر معذرة شرعية أو ضرورة⁴.

¹ -معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، المحقق : عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، الطبعة : 1399 هـ - 1979 م، ج5 ص421.

² -المعجم الوسيط ، إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد النجار، دار الدعوة، تحقيق / مجمع اللغة العربية، ج1 ص459.

³ -تيسير التحرير، محمد أمين . المعروف بأمير بادشاه / المتوفى . 972 هـ، دار الفكر، ج2 ص379.

⁴ - الأشباه والنظائر ، ابن نجيم ، ص302

-وإما ألا يقع بتقصير من الإنسان :فيكون النسيان عندئذ عذرا يسقط الإثم الأخرى ولا يمنع من صحة الفعل كالأكل في الصوم ...إلا أن الحنفية والشافعية اتفقوا على أن النسيان لا يكون عذرا في بعض الحالات منها :لو نسي المحدث غسل بعض الأعضاء أو توضأ بماء نجس ناسيا لا يعتبر وضوءه صحيحا ...وأما ضمان ما يتعلق بحقوق العباد فلا يعتبر النسيان معذرة شرعية وإنما يصلح سببا مخففا كالدية بدل القصاص في القتل الخطأ¹. قال العز بن عبد السلام : " فصل فيما يفوت من المصالح أو يتحقق من المفاسد مع النسيان : النسيان غالب على الإنسان، ولا إثم على النسيان، فمن نسي مأمورا به لم يسقط بنسيانه مع إمكان التدارك؛ لأن غرض الشرع تحصيل مصلحته، فمن نسي صلاة أو صوما أو حجا أو عمرة أو قصاصا أو شيئا من حقوق الله - تعالى - أو حقوق عباده، فإن كان مما لا يقبل التدارك كالجهاد والجمعات، وصلاة الكسوف والرواتب - على قول - وصلاة الجنازة في بعض، وإسكان من يجب إسكانه من الزوجات والآباء والأمهات والرقيق؛ سقط وجوبه بفواته، وإن كان مما يقبل التدارك من حقوق الله، أو حقوق عباده، كالصلاة والزكاة والصيام والنذور والديون والكفارات ونفقات الزوجات، وجب تداركه على الفور إن كان واجبا على الفور، وإن كان على التراخي فهو باق على تراخيه، والأولى تعجيله؛ لأنه مسارعة في الخيرات...².

¹ - المصدر السابق ص302

² -قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، 660 هـ، دراسة وتحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف بيروت - لبنان، ج2 ص2.

4- الجهل :

*تعريفه:

لغة : الجيم والهاء واللام أصلان: أحدهما خلاف العلم، والآخر الخفة وخلاف الطمأنينة¹.

اصطلاحاً : فحقيقته عدم العلم عما من شأنه العلم².

*حكمه :

قال الفقهاء : لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام ، وبناء عليها فإن الأحكام الشرعية الأساسية المقررة في القرآن والسنة وإجماع الأمة لا يجوز لمقيم في الديار الإسلامية أن يعتذر بجهلها ، وأما الأحكام التي لا يعلمها إلا المختصون من العلماء فهذه يجوز للعوام أن يعتذروا بجهلها ولا يسوغ ذلك للفقهاء ، وبالتالي فهناك حالات قد يمكن اعتبار الجهل بالأحكام ضرورة ترفع الحرج والإثم قال القرافي : "ضابط ما يعفى من الجهالات : الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه"³.

والجهل الذي يعتبر ضرورة نوعان :

1- جهل تسامح به الشرع في الشريعة فعفا عن مرتكبه وضابطه : أن ما يتعذر الاحتراز عنه عادة فهو معفو عنه ومن أمثلته الجهل بنجاسة الأطعمة والمياه والأشربة ، وقتل مسلم في صف الكفار ظاناً أنه محارباً ..

¹ -معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ج1 ص489.

² - الأشباه والنظائر ، ص 303

³ - الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، ج2 ص150.

2- جهل لم يتسامح به صاحب الشرع في الشريعة فلم يعف عن مرتكبه وضابطه : أن كل مالا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق على النفس لم يعف عنه ، ولا يرفع التكليف بالفعل ؛ وهذا النوع يجري في أصول الدين وأصول الفقه وبعض الأحكام الفقهية الفرعية (كالصلاة والصوم والحج والزكا والبيع والزواج ..)

ملاحظة : بالنسبة للقانون عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بعد نشره في الجريدة الرسمية ومضي الأجل المحدد في سريانه إلا في حالة واحدة وهي حالة القوة القاهرة التي تجعل العلم بالقانون مستحيلا من جانب الأفراد دون تقصير منهم .

5- العسر وعموم البلوى :

***تعريفه:**

العسر لغة : بضم العين وكسرهما وسكون السين مص عسر ، الضيق والشدة ، ضيق ذات اليد، ومنه: أعسر فلان: إذا عجز عن أداء¹.

عموم البلوى لغة: شيوع الامر وانتشاره علما أو عملا مع الاضطرار إليه².

شرعا : وهو شيوع البلاء بحيث يصعب على المرء التخلص أو الابتعاد، كطهارة فم الهرة وسورها لكثرة تطوافها³.

***حكمه :** وهذا من أسباب التخفيف وله أمثلة كثيرة منها جواز كثير من العقود والتصرفات خلافا للقياس كعقد السلم وعقود الإقالة والحوالة والرهن والقرض وغيرها ...⁴

¹ معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1408 هـ

- 1988 م، ص311

² -المصدر نفسه ص110.

³ -العقد الثمين في شرح منظومة الشيخ ابن عثيمين، خالد المشيقح، ص51

⁴ - الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص65، الأشباه والنظائر السيوطي، ص78، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، الطبعة الأولى ، مطابع دار الصفوة -مصر، ج31 ص6.

ويعتبر العسر وعموم البلوى عذراً في موضع لا نص فيه؛ لأنه لا اعتبار للبلوى في موضع النص، كحرمة رعي حشيش الحرم وقطعه إلا الإذخر، وعدم العفو عن بول الآدمي يصيب الثوب أو البدن¹.

6- السفر :

*تعريفه:

لغة هو : قطع المسافة² ، شرعاً هو: فهو الخروج على قصد سيرة ثلاثة أيام ولياليها، فما فوقها بسير الإبل ومشى الأقدام³.

*حكمه:

وقد جعل السفر في الشرع حالة ضرورة أو من أسباب التخفيف في الواجبات الدينية⁴...

7- المرض :

*تعريفه:

لغة : كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة من علة ونفاق أو تقصير في أمر⁵

¹ -الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، الشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الرابعة، 1416 هـ - 1996 م، ص228

² - مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، 1415 - 1995، تحقيق : محمود خاطر، ص326.

³ - كتاب التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: 816هـ)، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م، ص119

⁴ -الأشباه والنظائر، ابن نجيم ص75

⁵ -مجمّل اللغة، ابن فارس، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثانية - 1406 هـ - 1986 م، ج1 ص827

شرعا : هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص¹.

*** حكمه:**

ولما كان المرض من أسباب العجز فقد شرعت له أحكام مخففة عن المريض تتناسب مع حالته الصحية وخصوصا في العبادات وفيما العبادات أبيح ما تدعو إليه الضرورة أو الحاجة مما به المحافظة على نفسه "... والتداوي بالنجاسات وبالخمر على وجه، وإساعة اللقمة بها إذا غص بالاتفاق، وإباحة النظر حتى للعورة والسوأتين²

8- النقص الطبيعي :

*** تعريفه:**

لغة : النقص : النقص الخسران في الحظ والنقصان يكون مصدرا ويكون قدر الشيء الذاهب من المنقوص...³ .

شرعا : النقص الطبيعي هو عدم الكمال بأصل الخلقة لا لعب ويصدق على الصبي والمجنون والأنثى .

*** حكمه**

قال السيوطي : "النَّقصُ فَإِنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الْمَشَقَّةِ إِذْ النُّفُوسُ مَجْبُوءَةٌ عَلَى حُبِّ الْكَمَالِ، فَنَاسَبَهُ التَّخْفِيفُ فِي التَّكْلِيفَاتِ"⁴. وقال ابن نجيم : "النقص ؛ فإنه نوع من المشقة فناسب التخفيف ؛ فمن ذلك عدم تكليف الصبي والمجنون ففوض أمر

¹ - التعريفات، الجرجاني ، ص 211

² - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ، ص

148، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (926-970هـ)، دار الكتب

العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة ، 1400هـ=1980م، ص 75

³ - لسان العرب ، ج7 ص 100

⁴ - الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص 149

أموالهما إلى الولي ، وتربيته وحضانه إلى النساء رحمة عليه ، ولم يجبرهن على الحضانه تيسيرا عليهن ، وعدم تكليف النساء بكثير مما وجب على الرجال ؛ كالجماعة والجمعة والجهاد والجزية"¹

وقال الزحيلي : "...ويشمل القصر والأنوثة فلا يصح عقلا ولا شرعا أن يطالب الأولاد القصر ، والنساء بمثل ما يطالب به الرجال نظرا للضعف الطبيعي عند الولد والمرأة ، وبما أن حالة الضرورة الشرعية تشمل الاضطرار الطبيعي فيمكننا أن نعتبر هذه الحالة من حالات الضرورة من باب التوسع في إطلاق اللفظ..."²

8- الدفاع الشرعي :

*تعريفه

إذا اعتدى إنسان على غيره في نفس أو مال أو عرض ، أو صالت عليه بهيمة فللمعتدي عليه أو لغيره أن يرد العدوان بالقدر اللازم لدفع الاعتداء حسب تقديره في غالب ظنه مبتدئا بالأخف فالأخف إن أمكن..."³

***حكمه :** تعتبر أفعال الدفاع مباحة باتفاق الفقهاء ، فلا مسؤولية على المدافع من الناحيتين المدنية والجنائية إلا إذا تجاوز حدود الدفاع المشروع فيصبح عمله جريمة يسأل عنها مدنيا وجنائيا⁴.

ملاحظة : هناك من فرق بين الضرورة الملجئة والدفاع الشرعي لكن الزحيلي اعتبرها من حالات الضرورة بالمعنى الأعم وهو كل ما يستدعي حكما استثنائيا مخالفا لمقتضى القواعد العامة أو مبيحا للفعل أو رافعا للإثم والحرج⁵.

¹ - الأشباه والنظائر ، ص 76

² - نظرية الضرورة الشرعية ، ص 139

³ - المرجع السابق ، ص 143

⁴ - المرجع نفسه ص 145

⁵ - المرجع نفسه ص 153

خامسا، حكم العمل بالضرورة عموما:

العمل بالضرورة من حيث هي ضرورة حكمها الإباحة والمراد بالإباحة هو رفع الحرج والإثم¹ للأدلة الآتية :

سادسا ، أدلة مشروعية نظرية الضرورة:

*من القرآن الكريم :

- (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنِزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)²

وجه الاستدلال :

قال ابن كثير في تفسيره : (فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ) أي: في غيربغي ولا عدوان، وهو مجاوزة الحد (فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) أي: في أكل ذلك ..."³ .
قال الشافعي : "...وكذلك كل ما أحل من محرم في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة فإذا زایل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم مثلا الميتة المحرمة في الاصل المحلة للمضطر فإذا زایلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم"⁴.

- قال تعالى : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخَنِزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ... فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)⁵

¹ - حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ، محمد بن حسين الجيزاني ، مكتبة دار المنهاج ، الطبعة الأولى 1428هـ ، ص

106

² - البقرة: 173

³ - تفسير القرآن العظيم، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي [700 - 774 هـ] ، المحقق : سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة : الثانية 1420هـ - 1999 م، ج4ص609.

⁴ - الأم ، دار المعرفة - بيروت، سنة النشر: 1410هـ/1990م، ج4ص278.

⁵ - المائدة: 3

"حَرَّمَ اللهُ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ، وَهِيَ الْحَيَوَانُ الَّذِي تَفَارِقُهُ الْحَيَاةُ بِدُونِ ذِكَاةٍ، وَحَرَّمَ عَلَيْكُمُ الدَّمَ السَّائِلَ الْمُرَاقَ، وَلَحْمَ الْخَنَزِيرِ، وَمَا ذُكِرَ عَلَيْهِ غَيْرُ اسْمِ اللهِ عِنْدَ الذَّبْحِ، وَالْمُنْخَنَقَةُ الَّتِي حُبِسَ نَفْسُهَا حَتَّى مَاتَتْ، وَالْمَوْقُودَةُ وَهِيَ الَّتِي ضُرِبَتْ بَعْصَا أَوْ حَجَرٍ حَتَّى مَاتَتْ، وَالْمُتَرَدِّيةُ وَهِيَ الَّتِي سَقَطَتْ مِنْ مَكَانٍ عَالٍ أَوْ هَوَتْ فِي بئرٍ فَمَاتَتْ، وَالنَّطِيحَةُ وَهِيَ الَّتِي ضَرَبَتْهَا أُخْرَى بِقَرْنِهَا فَمَاتَتْ، وَحَرَّمَ اللهُ عَلَيْكُمُ الْبَهِيمَةَ الَّتِي أَكَلَهَا السَّبُعُ، كَالْأَسَدِ وَالنَّمْرِ وَالذِّئْبِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَاسْتَنْتَى -سُبْحَانَهُ- مِمَّا حَرَّمَهُ مِنَ الْمُنْخَنَقَةِ وَمَا بَعْدَهَا مَا أَدْرَكْتُمْ ذِكَاةَ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ فَهُوَ حَلَالٌ لَكُمْ، وَحَرَّمَ اللهُ عَلَيْكُمُ مَا ذُبِحَ لغيرِ اللهِ عَلَى مَا يُنْصَبُ لِلْعِبَادَةِ مِنْ حَجَرٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَحَرَّمَ اللهُ عَلَيْكُمُ أَنْ تَطْلُبُوا عِلْمَ مَا قُسِمَ لَكُمْ أَوْ لَمْ يَقْسَمْ بِالْأَزْلَامِ، وَهِيَ الْقِدَاحُ الَّتِي كَانُوا يَسْتَقْسِمُونَ بِهَا إِذَا أَرَادُوا أَمْرًا قَبْلَ أَنْ يَقْدُمُوا عَلَيْهِ. ذَلِكَ الْمَذْكُورُ فِي الْآيَةِ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ -إِذَا ارْتُكِبَتْ- خُرُوجَ عَنْ أَمْرِ اللهِ وَطَاعَتِهِ إِلَى مَعْصِيَتِهِ. الْآنَ انْقَطَعَ طَمَعُ الْكُفَّارِ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ تَرْتَدُّوا عَنْهُ إِلَى الشَّرْكِ بَعْدَ أَنْ نَصَرْتُمْ عَلَيْهِمْ، فَلَا تَخَافُوهُمْ وَخَافُونِي. الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ دِينَ الْإِسْلَامِ بِتَحْقِيقِ النَّصْرِ وَإِتْمَامِ الشَّرِيعَةِ، وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي بِإِخْرَاجِكُمْ مِنْ ظُلُمَاتِ الْجَاهِلِيَّةِ إِلَى نُورِ الْإِيمَانِ، وَرَضِيتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَالْزَمُوهُ، وَلَا تَفَارِقُوهُ. فَمَنْ اضْطَرَّ فِي مَجَاعَةٍ إِلَى أَكْلِ الْمَيْتَةِ، وَكَانَ غَيْرَ مَائِلٍ عَمْدًا لِإِثْمٍ، فَلَهُ تَتَاوَلُهُ، فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ لَهٗ، رَحِيمٌ بِهِ"¹.

وقال تعالى :

- (قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا...)²

¹ -التفسير الميسر، مجموعة من العلماء - عدد من أساتذة التفسير تحت إشراف الدكتور عبد الله بن عبد المحسن

التركي، ج2 ص177. موقع مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف

- (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) ¹
- (وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررتم إِلَيْهِ...) ².

قال الجصاص : " فقد ذكر الله تعالى الضرورة في هذه الآيات وأطلق الإباحة في بعضا بوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة وهو قوله: (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) فافتضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة في كل حال وجدت الضرورة فيها...." ³

وقد تضمنت هذه الآيات كلها استثناء حالة الضرورة حفاظا على النفس من الهلاك. وقد عنون البخاري باب بعنوان أكل المضطر أورد فيه كثير من الآيات التي تدل على حالة الضرورة ⁴

*من السنة النبوية :

عَنْ أَبِي وَاقِدٍ اللَّيْثِيِّ ، قَالَ : كُنْتُ جَالِسًا عِنْدَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ رَجُلٌ : يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا بِأَرْضٍ تُصِيبُنَا الْمَخْمَصَةُ ، فَمَازَا يَصْلُحُ لَنَا مِنَ الْمَيْتَةِ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا وَلَمْ تَغْتَبِقُوا وَلَمْ تَحْتَفِقُوا فَشَأْنُكُمْ بِهَا " ⁵ (تصطبحو : تتناولوا الصبح وهو شرب اللبن أو الأكل أول النهار ، تغتبقوا : تأكلوا الغبوق وهو شرب اللبن أو الأكل آخر النهار عشاء

¹ - النحل 115.

² - الأنعام : 119.

³ - أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، 1405 هـ تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، ج1 ص156

⁴ - الجامع الصحيح المختصر، تحقيق مصطفى البغا، دار ابن كثير ، اليمامة - بيروت، الطبعة الثالثة ، 1407 - 1987، ج5 ص2107.

⁵ - سنن البيهقي الكبرى، أبو بكر البيهقي، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 - 1994، ج9 ص356، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة - القاهرة، ج5 ص218.

، وتحفظوا بقلا :أي نوعا من التمر)؛ "... وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ مَا وَجَدَ تَعْلِيلًا مِنْ تَبَقُّلٍ أَوْ غَيْرِهِ يُمَسِّكُ نَفْسَهُ وَيُؤَمِّنُهُ الْمَوْتَ"¹.

وفي كتاب سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا أرويت أهلك من اللبن غبوقا فاجتنب ما نهاك الله عنه من الميتة².

إضافة للأحاديث الأخرى التي تدل على جواز مال الغير حالة الضرورة ،وحالات الدفاع عن النفس أو المال أو العرض

* عمل الصحابة :

بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر علينا أبا عبيدة نتلقى عيرا لقريش وزودنا جرابا من تمر لم يجد غيره ،فكان أبو عبيدة يعطينا ثمرة ثمرة قال فقلت كيف كنتم تصنعون بها ؟ قال نمصها كما يمص الصبي ثم نشرب عليها من الماء فتكفينا يومنا إلى الليل وكنا نضرب بعصينا الخبط ثم نبله بالماء فنأكله قال وانطلقنا على ساحل البحر فرفع لنا على ساحل البحر كهيئة الكتيب الضخم فأتيناه فإذا هي دابة تدعى العنبر قال: قال أبو عبيدة ميتة ثم قال لا بل نحن رسل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سبيل الله وقد اضطررتم فكلوا قال فأقمنا عليه شهرا ونحن ثلاث مائة حتى سمنا قال ولقد رأيتنا نغترف من وقب عينه بالقلال الدهن ونقتطع منه الفدر كالثور (أو كقدر الثور) فلقد أخذ منا أبو عبيدة ثلاثة عشر رجلا فأقعدهم في وقب عينه وأخذ ضلعا من أضلاعه فأقامها ثم رحل أعظم بعير معنا فمر من تحتها وتزودنا من لحمه وشائق فلما قدمنا المدينة أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرنا ذلك له فقال (هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم

¹ -المنتقى شرح الموطأ، الباجي الأندلسي، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332 هـ، ج3ص138.

² - سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ،مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 - 1994 ، ج9ص357

من لحمه شيء فتطعمونا ؟) قال فأرسلنا إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم منه فأكله"¹

معنى الحديث: "...أن أبا عبيدة رضى الله عنه قال أولا باجتهاده أن هذا ميتة والميتة حرام فلا يحل لكم أكلها ثم تغير اجتهاده فقال بل هو حلال لكم وإن كان ميتة لأنكم فى سبيل الله وقد اضطررتم وقد أباح الله تعالى الميتة لمن كان مضطرا غير باغ ولا عاد فكلوا فأكلوا منه وأما طلب النبى صلى الله عليه و سلم من لحمه وأكله ذلك فإنما أراد به المبالغة فى تطيب نفوسهم فى حلّه وأن لا شك فى إباحته وأنه يرتضيه لنفسه..."²

***القواعد الشرعية العامة :**

فالضرورة تدرج تحت القواعد العامة للتشريع الإسلامى القطعية المستفادة من الاستقراء منها³:

القاعدة الأولى : الشريعة الغراء مبنية على جلب المصالح ودرء المفاصد

القاعدة الثانية : الشريعة مبنية على حفظ الضروريات الخمس

القاعدة الثالثة : الشريعة مبنية على التيسير ورفع الحرج ودفع المشقة

القاعدة الرابعة التكاليف الشرعية مشروطة بالقدرة والاستطاعة ، فلا واجب مع

العجز ولا محرم مع اضطرار

***حكم الضرورة تفصيلا فهي على ثلاثة أقسام¹: القسم الأول : ضرورة يجب**

فعلها كأكل الميتة بالنسبة للمضطر الذي لا يجد من الحلال ما يرد به نفسه فلو

¹ - صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربى - بيروت، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ج3 ص1335

² - المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي، دار إحياء التراث العربى - بيروت، الطبعة الثانية ، 1392 ص84-86

³ - المجيزاني ص16-19

امتنع عن الأخذ بالرخصة كان آثماً والحكم للوجوب تدل عليه قاعدة : " الواجب لا يترك إلا لواجب " و " ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب "

القسم الثاني : ضرورة بياح فعلها : كإجراء كلمة الكفر على اللسان عند الإكراه

القسم الثالث : ضرورة يحرم فعلها ؛ نحو قتل المسلم ، أو قطع عضو منه بغير حق

وبذلك يتخرج على قاعدة الضرورة عدة أنواع للرخص تفصيلها كالآتي :

*أنواع الرخص التي تتخرج على قاعدة الضرورة:

النوع الأول: يفيد إباحة المرخص به (أي تغيير حكم الفعل ووصفه) ما دامت حالة الضرورة قائمة، وذلك كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعة، وأكل لحم الخنزير، وإساعة اللقمة عن الغصة بالخمير، أو عند العطش، أو عند الإكراه التام لا الناقص.

هذه الأشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى: (إلا ما اضطررتم إليه) . أي دعتكم شدة الحاجة لأكلها، والاستثناء من التحريم إباحة.

وكما رأينا فإن الاضطرار كما يتحقق بالمجاعة يتحقق أيضاً بالإكراه التام فيباح التناول (وقد يصبح واجباً) ويحرم الامتناع حتى لو امتنع حتى مات أو قتل كان آثماً؛ لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه إلى التهلكة وقد نهى عن ذلك. وأما إن كان الإكراه ناقصاً كحبس أو ضرب لا يخاف منه التلف، فلا يحل له أن يفعل.

النوع الثاني: نوع من الرخص لا تسقط حرمة بحال أي أن الفعل يبقى حراماً لكن رخص في الإقدام عليه لحالة الضرورة كإتلاف مال المسلم أو القذف في عرضه أو إجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالإيمان (إذا كان الإكراه تاماً)

¹ - المرجع السابق، ص 110 - 111 بتصرف

فهذه الأفعال في نفسها محرمة مع ثبوت الرخصة، فأثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذه فقط (لا في تغييره وصفه أي حرمة، والامتناع عن الفعل) في هذا النوع أفضل حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً.

النوع الثالث: أفعال لا تباح بحال ولا يرخص فيها أصلاً لا بالإكراه التام ولا غيره كقتل المسلم أو قطع عضو منه أو الزنا أو ضرب الوالدين أو أحدهما، فهذه الأفعال لا يباح الإقدام عليها ولا ترتفع المؤاخذه ولا الإثم لو فعل مع الإكراه، لأنه قد تعارض هنا مفسدتان روعي أشدهما بارتكاب أخفهما: فقتل المسلم أشد من تهديده بالقتل، ولو قُتِلَ في هذه الحالة كان مأجوراً ولو قُتِلَ كان ظالماً. لكن لو قتل في هذه الحال هل يقتص منه أو من المكره أو من كليهما؟ خلاف بين الفقهاء، ولو زنا تحت الإكراه التام فإنه يسقط عنه الحد للشبهة لكن لا يرفع الإثم.

وعلى هذا: فالضرورة في النوع الأول: ترفع حكم الفعل وصفته، فالفاعل لا يؤاخذ ولا يَأْثَمُ، لأن الفعل أصبح مباحاً بل واجباً كما رأينا، ولكن لو اضطر لأكل مال الغير فعليه ضمانه؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير كما سبق وكما سيأتي. والنوع الثاني: ترفع الضرورة فيه المؤاخذه فقط فالفاعل لا يَأْثَمُ لكن لا ترفع الضرورة صفة الفعل ولا الضمان، إذ يبقى الفعل حراماً.

والنوع الثالث: لا ترفع الضرورة فيه المؤاخذه ولا الصفة ولا الضمان ولكن يدرأ الحد بالشبهة.

وبناء على ذلك فهذه القاعدة لا تتناول النوع الأخير لأنه لا يباح بحال من الأحوال فهو مستثنى من هذه القاعدة، ولكن يذكر هنا لبيان خروجه حتى لا يلتبس بالنوعين الأولين، ولأن بعض فروعه ومسائله وقع فيها الخلاف بين الفقهاء. فالقاعدة إنما تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته، والنوع الثاني مع بقاء حرمة، والترخيص إنما هو في رفع الإثم كنظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعاً من مريض أو جريح، فإنه ترخيص في رفع الإثم لا الحرمة، وكالاضطرار

لأكل مال الغير عند المخصصة، فإنه لا يسقط حرمة مال الغير بل يسقط الإثم،
ويجب عليه ضمانه أو الاستحلال من صاحبه.¹

سابعا ، قواعد الضرورة وتطبيقاتها :

وضع الفقهاء مجموعة من القواعد الفقهية لضبط أحكام الضرورة ،
وتوضيح معالمها العامة وتنظيم آثارها ، وأهم هذه القواعد هي :

1- قاعدة المشقة تجلب التيسير:

***معنى القاعدة :** "أن الصعوبة والعناء التي يجدها المكلف في تنفيذ الحكم الشرعي
تصير سببا شرعيا صحيحا للتسهيل والتخفيف بوجه عام"²
الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)³
، وقوله تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج)⁴ ،
***تطبيقاتها:**

ويخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته ؛قال السيوطي : "اعلم أن
هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه؛ من ذلك: الرد بالعيب، وجميع
أنواع الخيار: من اختلاف الوصف المشروط، والتعزير، وإفلاس المشتري، وغير
ذلك، والحجر بأنواعه، والشفعة، لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص،
والحدود، والكفارات، وضمان المتلف، والقسمة، ونصب الأئمة، والقضاة، ودفع

¹ - الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت

- لبنان، الرابعة، 1416 هـ - 1996 م، ص235

² -مَجْلَةُ الْأَحْكَامِ الْعُدْلِيَّةِ، المادة 17 ، المؤلف : لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، نور محمد، كارخانه

تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، ص 18

³ - البقرة : 185

⁴ - الحج : 78

الصائل، وقتال المشركين، والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب، أو الإعسار، أو غير ذلك، وهي مع القاعدة التي قبلها متحدة، أو متداخلة" ¹.

2- قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع :

*معنى القاعدة :

هذه القاعدة مستخرجة من القاعدة التي قبلها وبينهما تقارب في المآل ، ومعناها أنه إذا ظهرت مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع .والأصل فيها قوله تعالى: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) ²، وقوله تعالى: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) ³، وقوله - صلى الله عليه وسلم -:

"إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ" ⁴

" فإذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة، وأصبح معها الحكم الأصلي محرّجاً ومرهقاً حتى يجعل المكلف في حرج وضيق فإنه يخفف ويوسع عليه حتى يسهل.

وإذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا اندفعت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله، وهو معنى الشق الثاني " وإذا اتسع ضاق "، ويجمع بين القاعدتين بقول (كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده) ⁵.

¹ -الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تأليف:، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية بيروت -

لبنان، ص 145

² - البقرة : 105

³ - الحج : 78

⁴ - سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت ، ج1 ص 659

⁵ - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، 1427 هـ -

2006 م، ج1 ص 272

*تطبيقاتها :

ومن فروع هذه القاعدة :

أ - شهادة النساء والصبيان في الحمامات والمواضع التي لا يحضرها الرجال دفعا لحرص ضياع الحقوق .

ب - قبول شهادة القابلة على الولادة ضرورة حفظ الولد ونسبه .

ح - إباحة خروج المتوفى عنها زوجها من بيتها أيام عدتها إذا اضطرت للاكتساب .

3- قاعدة الضرورات تبيح المحظورات :

*معنى القاعدة :

قاعدة أصولية مأخوذة من النص وهو قوله تعالى : (إِلَّا مَا اضْطَرَرْتُمْ إِلَيْهِ)¹ والاضطرار : الحاجة الشديدة ، والمحذور المنهي عن فعله ، يعني أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة .

وهذه القاعدة تتعلق أصلا بقاعدة (الضرر يزال)

*تطبيقاتها :

ومن فروعها : جواز أكل الميتة عند المخمصة ونحو ذلك .

4- قاعدة يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها:

*معنى القاعدة :

" هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات " فإن الأمور

المحظورة فرعاً تجوز حالة الضرورة، ولا تجوز عند عدم الضرورة.

وهناك حالات تباح للضرورة ولا تباح للحاجة، وذلك عندما يكون الإقدام على

المحرم بلا ضرورة أضر من تركه، ولكن حال الضرورة يزيد ضرر ترك المحرم

على ضرر الإقدام عليه، والميزان في ذلك كله ميزان الشرع في جلب المصالح

¹ - الأنعام: 119

ودرء المفسد، والموازنة بين المصالح والمفاسد، فيرجح أعظمهما نفعاً، ويدفع أعظمهما شراً.

التطبيقات:

1 - يجوز تسليم اللقطة لصاحبها عند ظهوره من غير إقامة بينة على ذلك عند المالكية، لأن البيانات تترتب في الأصل على حسب الأحوال المشهود فيها وما تدعو الحاجة إليه، وفي هذا الموضع تدعو الضرورة إلى ذلك؛ لأن البينة لا تقوى على ما يضيع، ولا على صفة أموالهم في كل حال، فلو كلفناهم البينة لأدى إلى ترك انتفاع الناس بأموالهم.

2 - الحائض لا تمنع مما يمنع منه الجنب مع حاجتها إليه، ولهذا لا تمنع من قراءة القرآن إذا احتاجت إليه، ولا من الطواف..¹

5- قاعدة الضرورات تقدر بقدرها :

***معنى هذه القاعدة :** أن كل فعل أو ترك جوز للضرورة فالتجوز على قدرها ولا يتجاوز عنها .

وعبر عنها أيضا ب"وكل محظور مع الضرورة ... بقدر ما تحتاجه الضرورة" وشرحها " ...وهي قاعدة تعتبر قيда للقاعدة السابقة المذكورة في قول الناظم: (ولا محرم مع اضطرار). والمقصود أن كل فعل جوز للضرورة إنما جاز ذلك الفعل بالقدر الذي يحصل به إزالة تلك الضرورة، ولا يجوز الزيادة عن هذا الحد، ومعرفة ذلك راجعة إلى المتضرر نفسه كما سبق. مثال ذلك: المضطر إلى أكل الميتة لا يأكل من الميتة إلا بقدر ما يدفع عن نفسه الضرورة الملجئة إلى أكل الميتة، وهي: خوف الهلاك جوعا"².

¹ - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي ج1 ص297

² - مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية، صالح بن محمد بن حسن الأسمرى، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1420 هـ. 2000 م ص 60

*تطبيقاتها :

من أمثلة هذه القاعدة ومسائلها¹:

إن المضطر يأكل من الميتة بقدر سد رمقه أي بمقدار ما يدفع عن نفسه خطر الهلاك جوعاً.

ومنها: أن الطبيب ينظر من العورة بقدر الحاجة.

ومنها: اليمين الكاذبة لا تباح للضرورة، وإنما يباح التعريض لاندفاع الضرورة به.

ومنها: الجبيرة يجب أن لا تستر من العضو الصحيح - في مواضع الغسل - إلا بقدر ما لا بد منه في استمساك الجبيرة.

ومنها: من جاز له تناول الميتة للمسغبة، يحرم عليه تناولها بمجرد وجوده الطعام الطيب الحلال؛ (لأن ما ثبت لعذر يزوال بزواله).

ولها تطبيقات كثيرة في الطب والتداوي ونوازله المعاصرة لا يتسع المجال لذكرها²

6- قاعدة ما جاز لعذر بطل بزواله :

*معنى القاعدة : هذه القاعدة مكملّة للقاعدة السابقة ، فالقاعدة المتقدمة يعمل بها

أثناء قيام الضرورة ، وهذه القاعدة تبين ما يجب فعله بعد زوال حال الضرورة ،

ومعناها أن ما جاز فعله بسبب عذر من الأعذار ، أو عارض طارئ من

العوارض فإنه تزول مشروعيته.

*تطبيقاتها:

قال ابن نجيم : " فبطل التيمم إذا قدر على استعمال الماء ؛ فإن كان لفقد الماء

بطل بالقدرة عليه ، وإن كان لمرض بطل ببرئه ، وإن كان لبرد بطل بزواله

¹ - مؤسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت -

لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 مج2 ص543

² - التطبيقات الفقهية لقاعدة " الضرورة تقدر بقدرها " في الطب والتداوي ونوازله المعاصرة ، سعيد بن علي سعيد شايع أحمد ،

إشراف عبد الله بن عبد العزيز آل الشيخ ، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية المعهد

العالي للقضاء قسم الفقه المقارن ، سنة 1431 هـ - 1432 هـ ص24 وما بعدها

وينبغي أن تخرج على هذه القاعدة ؛ الشهادة على الشهادة ؛ إذا كان الأصل مريضاً فصح بعد الإشهاد ، أو مسافراً فقدم أن يبطل الإشهاد على القول بأنها لا تجوز إلا لموت الأصيل أو مرضه أو سفره¹

7- قاعدة الاضطرار لا يبطل حق الغير :

***معنى القاعدة :**

الاضطرار وإن كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل الميتة ، وفي بعضها الترخيص في فعله مع بقاءه على الحرمة - ككلمة الكفر - إلا أنه على كل حال لا يبطل حق الغير ، وإلا لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر وهذا غير جائز .

***تطبيقاتها:**

قال أحمد الزرقا : "... الاضطرار لا يبطل حق الغير سواء كان الاضطرار : بأمر سماوي ، كالمجاعة والحيوان الصائل ، أو غير سماوي ، كالإكراه الملجئ . ففي الأول : يجوز له أن يأكل من مال الغير بقدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه جوعاً ، ويدفع الصائل بما أمكن ولو بالقتل ، ويضمن في المحليين وإن كان مضطراً ، فإن الاضطرار يظهر في حل الإقدام لا في رفع الضمان وإبطال حق الغير . وفي الثاني : إذا كان وارداً على إتلاف مال الغير ، فإن المكروه (بالكسر) يضمنه ، أما غير الملجئ فإنه لا يبيح الإقدام على الإتلاف ولو أقدم فإن الضمان عليه لا على المكروه لأن الاضطرار لا يتحقق في غير الملجئ بالنسبة لمال الغير..."².

¹ - الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة : 1400هـ، 1980م، ص 86

² - شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سنة 1409هـ - 1989م، دمشق، سوريا، ص 213

8- قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة:

*معنى هذه القاعدة :

"أن الحاجة العامة التي تتعلق بأغلب الناس، وكذلك التي تختص بفئة تنزل منزلة الضرورة فتعطى حكمها من حيث إباحة المحظور وإن كانت الحاجة في مرتبة دون مرتبة الضرورة وهي أقل باعثاً على مخالفة قواعد الشرع العامة وعنى هذا أن الأصل أن هذا الحكم - أعني اللجوء إلى ارتكاب المحرم أو مخالفة قواعد الشرع العامة - إنما هو من شأن الضرورات محافظة على المصالح الضرورية لكننا وجدنا من أدلة الشرع ما يدل على أن الحاجة قد تعطي حكم الضرورة تيسيراً على العباد وتسهيلاً لشؤون معاشهم..."¹.

*تطبيقاتها :

من أمثلة هذه القواعد ومسائلها²:

مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة والسلم ونحوها جوزت على خلاف القياس لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة؛ ولأن الإجارة والسلم بيع معدوم - وبيع المعدوم باطل - ولكن جُوزَ هنا لحاجة الناس. والجعالة فيها جهالة، وفي الحوالة بيع دين بدين، وهو ممنوع. ولكن جُوزَ لعموم الحاجة. ومنها: ضمان الدرك - أي تحمل التبعة والغرامة - وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق البيع، جُوزَ على خلاف القياس للجهالة بالمكفول به. وجُوزَ للحاجة إليه. ومنها الخضاب بالسواد للجهاد، لإرهاب العدو.

ثامناً، أثر الضرورة في عقود المعاملات المالية المعاصرة :

للضرورة أثر في عقود المعاملات المالية المعاصرة وذا ما يتجلى فيما يأتي :

¹ - القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية،

المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1423هـ/2003م، ج1 ص241-242

² - الْأَشْبَاهُ وَالنِّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتب

العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1419 هـ - 1999 م، ص78

***الوفاء بالوعد والمراوحة للآمر بالشراء:** قرار رقم 2 و3 بشأن الوفاء بالوعد والمراوحة للآمر بالشراء: اتخذ مجمع الفقه الإسلامي بجدة هذا القرار وجعل للوعد آثار عملية قضائية متى استوفى العقد شروطه وأركانه فعلى صاحب الوعد (الأمر بالشراء) الخيار بين تنفيذ الوعد أو دفع تعويض عن الضرر بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر حيث جاء فيه " الوعد وهو الذي يصدر من الأمر أو المأمور على وجه الانفراد يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعد في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الالتزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر...¹ ، وهذا القرار يعتمد أساساً على قاعدة " الضرورة " لضبط أمور التجارة والاقتصاد...

***تصحيح الشرط الجزائي في العقود : الشرط الجزائي :** (هو اتفاق بين العاقلين على تقدير مسبق للتعويض الذي يستحقه الدائن أو الملتزم به إذا لم ينفذ الملتزم أو المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه) حيث قررت هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية تصحيح الشرط الجزائي الذي تضمنه العقد سدا لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله واستندت إلى أن الإخلال به مظنة للضرر وتقويت المنافع ومن جملة فقه الضرورة².

***الضرورة والظروف الطارئة في العقود المتراخية:** قد تبرم عقود لفترة طويلة وتختل أسعار المواد خلال تلك الفترة بسبب أحداث طارئة فجاء القرار الآتي : في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات)إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق

¹ - قرار رقم : 40-41(5/2 و5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمراوحة للآمر بالشراء ، مجلة المجمع العدد الخامس ج2 ص 754-965.

² - فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة ، آفاق وأبعاد ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، ص145.

بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير... فإنه يحق في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين ، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية العروضة عليه¹

وفي الأخير يبقى العمل بالضرورة مقيدا بعدة شروط وضوابط تمنع من التساهل في أحكام الشرع تحت مسمى الضرورة كما عبر عن ذلك الجيزاني فقال : " العمل بالضرورة حالة مؤقتة ومسألة استثنائية والواجب إزاء هذه الحالة أمور ثلاثة : الأول يجب اتخاذه قبلها ، والثاني معها ، والثالث بعدها ؛ أما الأمر الذي يجب فعله قبل الوقوع في الضرورة فهو الأخذ بالبدائل المباحة والاستغناء بها عن ارتكاب المحظور الشرعي ما أمكن .

وأما الأمر الذي يجب فعله أثناء الضرورة فهو الاقتصار منها على القدر الذي يرفع الضرر دون زيادة

وأما الأمر الذي يجب فعله بعدها فهو السعي الدؤوب الجاد لإزالة هذه الضرورة وبذل الحهد في سبيل رفعها وعدم الركون إلى الترخص والاستسلام له والطمأنينة إليه ، وهناك أصل يجب استصحابه على كل حال وهو تقوى الله ورقابته والعمل لرفع الضرورة أمر واجب، وهو من فروض الكفاية على هذه الأمة ، وفرض متعين على القادرين منها...²

تقويم : أذكر تطبيقات أخرى تبين فيها أثر نظرية الضرورة في المعاملات المالية المعاصرة.

¹ المرجع نفسه ، ص 153.

² - حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ص 136-137

ثانياً: نظرية التعسف في استعمال الحق

1- مفاهيم أساسية عن النظرية

2- مفهوم التعسف في استعمال الحق

3- التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق

4 - أدلة النظرية من الكتاب والسنة

5- معايير نظرية التعسف في استعمال الحق

6- مجال النظرية

نظرية التعسف في استعمال الحق

تمهيد:

إنّ مبدأ منع التعسف في استعمال الحق ليس نتاج القوانين الحديثة بل جذوره تمتد إلى القوانين القديمة¹ ، وقد كان الفقه الإسلامي سابقا في الحديث عن أسس هذه النظرية وقواعدها حيث أقرّ الشرع الإسلامي الحق وضبطه بأن يكون وسيلة لتحقيق المصلحة الشرعية فإذا تجاوز تلك الغاية أصبح تعسفا وظلما يجب منعه بكل الصور؛ وهذا ماسيتضح من خلال دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق والتي تجيب عن التساؤلات الآتية : ما حقيقة التعسف ؟ وما لفرق بينه والتعدي والإساءة ؟ وما هو التكييف الفقهي لهذه النظرية ؟ وماهي أدلة النظرية من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية؟، وماهي معايير التعسف ؟ وما هي مجالات تطبيقها وآثارها ؟

أولا، مفاهيم أساسية عن النظرية :

عرّف الدريني الحق بقوله: "الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء ،أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة"².

¹ - " فقد عرفه البابليون وجاءت في مدونات حمو رابي تصوص تعاقب على التعسف في استعمال الحق منها المادة 55 من المدونة وذلك منذ حوالي واحد وأربعين قرنا ، كما أن الرومان وإن كان قانونهم مشبعا لروح الفردية ومغرقا في الشكلية فإن بعض فقهاءهم أمثال " أولبيان " نادوا بنظرية إزالة التعسف في استعمال الحق... " (نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بلحورابي سعاد مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون المسؤولية المهنية " جامعة مولود معمري كلية الحقوق والعلوم السياسية تيزي وزو سنة 2014 ، ص 10)

² - النظريات الفقهية ، فتحي الدريني ، منشورات جامعة دمشق ، ط4 سنة 1417هـ 1997م ، ص 123-124.

شرح التعريف ومحترازاته¹ :

الاختصاص هو : الانفراد والاستئثار ، وهو علاقة تقوم بين المختص والمختص به ، وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى وهذه هي حقوق الله تعالى ، وقد يكون شخصا حقيقيا وهو الإنسان أو معنويا كالدولة والوقف وبيت المال وجماعة المسلمين والشركات والمؤسسات وغيرها من الشخصيات الاعتبارية ، وقولنا اختصاص : يخرج الإباحات والحقوق العامة مما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاشتراك دون استئثار ...

يقر به الشرع سلطة : وهذا قيد يخرج به الاختصاص الواقعي دون الشرعي كالغاصب والسارق ... وإقرار الشرع للاختصاص يستلزم كنتيجة منطقية حتمية إقراره سلطة للمختص على ما اختص به ، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع ، ويستلزم بالتالي إباحة الأفعال اللازمة والملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع .

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر : على شيء وهوما يسمى بالحق **العيني** : كحق الملكية وحق الحبس للرهن وحق الارتفاق للشرب ... ، أو تكون منصبة على اقتضاء أداء من آخر فالعلاقة بين شخص الدائن والمدين الملتزم وهو موضوع العلاقة أداء التزام معين كاثمن المؤجل أو منفعة الأجير وهذا هو الحق الشخصي .

والآداء : قد يكون إيجابيا كالقيام بعمل ، أو سلبيا كالامتناع عن عمل ، فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى كالعبادات والحدود والجهاد ، وحقوق الأشخاص العينية والشخصية .

¹ - المرجع نفسه - بتصرف - ص 125 - 126 .

تحقيقاً لمصلحة معينة : مطلوب من صاحب الحق العمل على توكي المصلحة وتحقيقها شرعاً وإلا انسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي (كاتخاذ الحق وسيلة للاضرار بالغير أو المجتمع).

أهم ما يستنتج من التعريف :

- يميز بين الحق والمصلحة ، فالحق وسيلة إليها .

-يشمل حقوق الله وحقوق الأشخاص العينية والشخصية .

- يبين مدى استعمال الحق بتحديد الغاية منه المصلحة المشروعة .

وبالتالي -كما بين الدريني¹ - فإن :

1-نقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من الصفة المزدوجة للحق : الحقوق

ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية ، وهي في الوقت نفسه وسائل لتحقيق هذه الغاية المزدوجة أيضا وهي المصلحة الفردية والمصلحة العامة توفق بينهما عند التعارض ما أمكن وتقدم هذه الأخيرة مع التعويض العادل على الفرد إذا استحال التوفيق بينهما .

2-المراد بالمصلحة تلك التي رسمها الشارع وقررها للحق وجعل مدى اعتبارها

شرعاً رهناً - بما يعارضها من مصالح أخرى قد تصبح فيه -عند الموازنة- مرجوحة أو مساوية أو راجحة ...فمصلحة الفرد في تلقي السلع ظاهرة لكن إن أدى ذلك إلى الإضرار بالعامّة أو أهل السوق أصبحت غير معتبرة شرعاً وبالتالي يمكن القول بأن المصلحة في الشريعة الإسلامية هي المصلحة الاجتماعية ، وهذا التنسيق هو ما تضطلع به نظرية التعسف .

¹ - المرجع السابق ص -بتصرف -ص36

3-درء التعسف قد يقتضي ترجيح مصلحة على أخرى هي أولى بالاعتبار : مثل منع المالك من الذي يستعمل عقاره ويترتب على ذلك ضرر فاحش بجاره ولودون قصد منه ، وفي هذا ترجيح لمصلحة الجار فتوخي صاحب الحق تحقيق المصلحة التي شرع الحق من أجلها دون نظر إلى اللوازم الخارجية للفعل ، وما يحكم هذه اللوازم من قواعد يعتبر تعسفا إذا أصبحت مصلحته مرجوحة في هذه الحال وأوضح الأمثلة قضية سمرة بن جندب مع الأنصاري .

ثانياً، مفهوم التعسف في استعمال الحق :

يتكلم فقهاء الشريعة عن هذه النظرية لكن بمصطلحات أخرى منها المضارة ،الإساءة ، الاستعمال المذموم ،التعنت ، ويستعمل عدد من فقهاء المالكية التعدي بطريق التسبب ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

1-تعريف التعسف :

لغة : مأخوذ من العسف وله عدد من المعاني اللغوية منها ممّا له علاقة بموضوع البحث :

***السير بغير هداية :**

"العسف السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق وكذلك التعسف والاعتساف والعسف ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوكة، يقال اعتسف الطريق اعتسافاً إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه، والتعسيف السير على غير علم ولا أثر، وعسف المفازة قطعها كذلك ومنه قيل رجل عسوف إذا لم يقصد الحق .. العسوف التي تمر على غير هداية فتركب

رأسها في السير ولا يثنّيها شيء والعسف ركوب الأمر بلا تدبير ولا روية عسفه
يعسفه عسفا وتعسفه و اعتسفه..¹.

وقال الزمخشري : " ع س ف الرّكّاب يعسفن الطريق ويعتسفه ويتعسفه أي
يخبطنه على غير هداية...²
*الظلم :

"وعسف فلان فلانا عسفا ظلّمه وعسف السلطان يعسف واعتسف وتعسف ظلّم
...والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم فنقل
إلى الظلم والجور.."³.

ويطلق التعسف على القول والرأي أيضا ؛ فيقال " تعسّف في الكلام⁴ :

1 - عسّف فيه، فعله بلا روية ولا تدبّر "آراء متعسّفة".

2 - حمّله على معنى لا تكون دلالاته عليه ظاهرة "تخريج متعسّف فيه

اصطلاحاً :

لم يرد في الفقه الإسلامي مصطلح التعسف في عبارات الفقهاء القدامى
، وإنّما كانوا يستعملون لفظ " المضارة " ؛ فقال الشاطبي في معرض حديثه عن

¹ - لسان العرب ، ابن منظور : ج9 ص245

² - أساس البلاغة، أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: محمود محمد شاكر ، مطبعة المدني - القاهرة -
1991، ج2 ص109

³ - المصدر نفسه ، ج9 ص245

⁴ - معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد عمر (المتوفى: 1424هـ) بمساعدة فريق عمل الناشر: عالم الكتب،
الطبعة: الأولى، 1429 هـ - 2008 مج2 ص1498

حديث " لا ضرر ولا ضرار " ¹: "... فإنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار مبنوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كلييات... " ².. حيث تكرر النهي عن المضارة في الكثير من النصوص الشرعية، والاستعمال المذموم كما جاء عنه قوله أيضا : "... فلم يزل أصل المباح وإن كان مغموراً تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم... " ³. والتعدي بطريق التسبب ⁴.

أما عند الفقهاء المعاصرين فقد عرّف بعدة تعريفات؛ من أهمها :

تعريف الدريني :

التعسف هو " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل

5

*تحليل التعريف :

مناقضة قصد الشارع :أي مضادة قصد الشارع سواء كانت مقصودة وهذه تشمل استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار أو تحقيق مصلحة غير شرعية أو استعماله دون نفع أي لمجرد العبث أو لنفع تافه في حين يلحق بغيره ضررا بينا ، مثل بيع العينة ⁶ للتوصل إلى الربا المحرم ، أو المناقضة غير مقصودة وهذه تشمل

¹ - المستدرك على الصحيحين، محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب

العلمية - بيروت، الطبعة الأولى ، 1411 - 1990، ج2 ص66

² - الموافقات، ج3 ص185

³ - المصدر السابق، ج1 ص291

⁴ - المصدر نفسه ، ج3 ص56

⁵ - النظريات الفقهية ، الدريني ، ص 129.

⁶ - بيع العينة : يقول له اشترى منك هذه السلعة بمليون دينار مؤجلة ثم يبيع السلعة بثمان مائة حالة ... ويعرف بأنه " ما إذا

باع سلعة لأجل ، ثم اشتراها بأقل نقداً " (لموسوعة الفقهية الكويتية، ج2 ص33).

الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام في الشرع مثل هبة المال سوريا قرب نهاية الحال احتيالا لإسقاط فريضة الزكاة .

في تصرف مأذون فيه شرعا :التصرف يشمل التصرف القولي كالعقود والتصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات

مأذون فيه شرعا بحسب الأصل :يخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا (وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف)

إذن المقصود بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له -بعوض أو بغير عوض -أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الإضرار ، أو يخالف حكمة المشروعية

ونلاحظ التوافق بين المعنى اللغوي والاصطلاحي ذلك أن التعسف في استعمال الحق هو انحراف عن الطريق الصحيح في استعمال الحق ومقاصد تشريعه ، وقد يكون من نتائجه الإضرار بالغير وهو مظهر من مظاهر الظلم

2- الفرق بين التعسف والتعدي أو مجاوزة الحد :

تعريف التعدي لغة : هو الظلم ومجاوزة الحد قال ابن منظور : " والتعدي والعدوان الظلم وقوله تعالى : (...ولا تعاونوا على الإثم والعدوان...) ¹ يقول لا تعاونوا على المعصية والظلم وعدا عليه عدوا وعداء وعدوا وعدوانا وعدوانا وعدوى وتعدي واعتدى كله ظلمه ...العداء بالفتح والمد الظلم وتجاوز الحد... " ²

¹ - المائدة: 2

² - لسان العرب ، ج 15 ص 31

اصطلاحاً : من تعدى، المجاوزة... مجاوزة الحلال إلى الحرام¹.

وعرّف أيضاً بالظلم؛ فقال الجرجاني : " الظلم وضع الشيء في غير موضعه وفي الشريعة عبارة عن التعدي عن الحق إلى الباطل وهو الجور وقيل هو التصرف في ملك الغير ومجاوزة الحد"²

وقال ابن عرفة في كتاب التعدي : " التَّعَدِّي الْإِنْتِفَاعُ بِمِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ حَقٍّ دُونَ قَصْدِ تَمْلُكِ الرَّقَبَةِ أَوْ إِتْلَافِهِ أَوْ بَعْضِهِ دُونَ قَصْدِ تَمْلُكِهِ..."³

فالفعل في التعدي غير مشروع لذاته لأنّه لا يستند إلى حق أو جواز شرعي أي أنّه معيب في ذاته في حين أنّ الفعل في التعسف مشروع في ذاته ولكنه مشوب بي عيب في باعته أو نتيجته .

مثال يوضح الفرق بينهما : إذا أقام مالك بناء على أرض أو زرع أرض غيره ، اعتبر غاصبا أو معتديا ففعله غير مشروع أصلا لأنّه لا يستند على حق ولو كان فيه نفع لغيره ، ولكن إذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها حائطا عاليا فسد على جاره منافذ الضوء أو الهواء حتى أصبح متضررا ضررا فاحشا عد متعسفا⁴.

¹ -معجم لغة الفقهاء محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنبي، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م، ص 135

² -التعريفات، تحقيق : إبراهيم الأبياري دار الكتاب العربي - بيروت، الطبعة الأولى ، 1405 هـ، ص186

³ - الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)، محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: 894هـ)، المكتبة العلمية، الطبعة: الأولى، 1350 هـ، ص350

⁴ -نظرية التعسف في استعمال الحق ، الدريني ، ص45

مثال آخر : من أوصى بما زاد عن الثلث يعتبر متجاوزاً حدود حقه ،أما إذا أوصى بالثلث أو أقل وقصد بذلك مضارة الورثة وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد عد متعسفا¹.

فالتعدي هو مجاوزة في الاستعمال لحدود الحق الذي يخول به الإنسان بينما التعسف هو تصرفات داخلية في حدود المأذون به لكنها مؤدية لمخالفة مقصود الشارع فهي تخالف المصلحة الشرعية².

3- العلاقة بين التعسف والإساءة :

تعريف الإساءة لغة : أساءه: أفسدهُ، وإلَيَّه: ضد أحسن؛ وَهِيَ دُونَ الْكَرَاهَةِ³
اصطلاحاً : الإساءة: ما يوجب التضليلَ واللَّومَ قيل: هو أفحشُ من الكراهة، وقيل: أدونُ منه⁴.

فإذا يوجد توافق بين المعنى اللغوي والاصطلاحي .

والتعسف أيضا يحمل معنى الإساءة لذلك قيل أنَّ اللَّفْظَيْنِ هما مترادفان عند ربطهما في استعمال الحق ...ويرى الدكتور عباس الصراف بأنَّ هناك اختلاف بين إساءة استعمال الحق فان الوضع يتعلق بالعنصر الأساس في المسؤولية التقصيرية وهو الخطأ، فمن يبني بناء بطريقة غير سليمة ، يميل معها البناء على الشارع ميلانا يعرض أرواح المادة للخطر يكون بعمله هذا قد أساء استعمال حقه

¹ - المرجع نفسه ، ص46

² - المرجع نفسه ، ص 46

³ - الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أيوب بن موسى الحسيني القرمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى:

1094هـ)،المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة - بيروت ،ص114

⁴ - التعريفات الفقهية، محمد عميم الإحسان المحددي البركتي، دار الكتب العلمية (إعادة صف للطبعة القديمة في باكستان

1407هـ - 1986م)،الطبعة: الأولى، 1424هـ - 2003م،ص23

فهذه حالة من حالات الخروج عن الحق ، أي عدم وجود حق أصلا وهو تعد بوجه المسؤولية التقصيرية، أما التعسف في استعمال الحق فإن الحق ثابت لصاحبه ولكن استعمله وفقا لمعايير التعسف وذلك بقصد الاضرار بالغير ، أو أن المصلحة من استعماله غير مشروعة ، أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة من صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير ¹ .

ثالثا، التكيف الفقهي للتعسف في استعمال الحق :

يذهب بعض الأصوليين -كالإمام الشاطبي في موافقاته -إلى أن التعسف في استعمال الحق من باب التعدي بطريق التسبب [أي التسبب في الإضرار بالغير] ؛ يظهر ذلك من تأصيله للمسؤولية في التعسف وأن مبناها التعدي، ويظهر كذلك من تفصيله لحالات الضرر الذي يترتب على استعمال الحق ²، كما ذهب بعض الكاتبيين من الفقهاء المعاصرين كالشيخ أبي زهرة والشيخ أحمد أبوسنة ، بينما جعلها الدريني نظرية مستقلة بذاتها.

لكن بإجراء مقارنة بين التعسف والتعدي بطريق السبب ³ يتبين أن :

نظرية التعسف مرتبطة أساسا بطبيعة الحق وغايته وهي نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة ولا تستند إلى معيار التعدي بطريق التسبب يدلنا على هذا الاستثناءات التي عمد إليها الفقهاء في تعليل أحكام المنع من التصرف في الحق أو أحكام التضمين تارة بالاستحسان وطورا بالمصلحة وأخرى دفعا للضرر العام أو

¹ -نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بالحواري سعاد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري ، الجزائر -تيزي وزو، ص 55 .

² -نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة بيروت ، الطبعة الرابعة سنة 1408هـ -1988م ص 77.

³ -المرجع نفسه ، ص 69-74

تقدّما للمصلحة العامة مع أن القاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان " ،
ويترتب على هذا أن الحق ليس صفة طبيعية للإنسان حتى يكون مطلقا وغاية في
ذاته ، ، يتصرف فيه صاحبه بمطلق رغبته ومشئته ولو أضر بغيره ، فمصدر
الحق في الفقه الإسلامي إذن ليس ذات الإنسان ، بل الشريعة أنشأت الحق إنشاء
، وهو مقيد بما قيدته به الشريعة ، وعلى هذا ليس للفرد من سلطة في التصرف
إلا ما منحه إياه الشرع وفي الحدود المرسومة له.

قال الدريني : " أن الفقهاء لم يرد على ألسنتهم كلمة "التعسف" بل كانوا
يطلقون كلمة "التعدي" ولكن هذا الإطلاق ينبغي إلا يضللنا عن حقيقة التعسف ،
إذ ليست العبرة بظاهر اللفظ ، بل العبرة بالحقيقة والطبيعة ، وهي التي تشير إليها
تعليقاتهم ، فمن ذلك تعليلهم {حكم الضمان} على مالك الحائط الذي مال إلى
الطريق وسقط على أحد المارة - بعد الإشهاد - بأن حكم القياس أنه لا يضمن
حتى بعد الإشهاد ، لان الحائط كان مستقيما في ملكه ، فلم يشغل هواء الطريق
ببنائه حتى يعتبر مجاوزا حدود ملكه ، ولكنه مع ذلك اعتبر بالامتناع عن هدمه
بعد الإشهاد متعديا ، استحسانا ، دفعا للضرر العام و لأن المصلحة العامة مقدمة
وصاحب بداية المجتهد يشير إلى هذا في بحثه " الضمان عند الفقهاء " ويقابل
بوضوح بين الضمان القائم على التعدي والضمان الذي أساسه " المصلحة " إذ
يقول : "والضمان عند الفقهاء على وجهين : "بالتعدي" أو لمكان المصلحة وحفظ
الأموال" ¹ ²

¹ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى:

595هـ)، دار الحديث - القاهرة، سنة 1425هـ - 2004 م، ج4 ص16

² - نظرية التعسف، الدريني ، ص74

"كما أن إساءة استعمال الحق نظرية أقرها جمهور فقهاء المسلمين ، وتولوا صياغتها على نحو من الدقة والشمول تفوق ما فعله فقهاء القانون واعتمدوا في تقريرها على روح الشريعة الإسلامية المتشعبة بقيم العدالة ومبادئ التكافل وعلى الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " وعلى القاعدة الفقهية " درء المفسد أولى من جلب المنافع " التي يعتبر من تطبيقها منع المالك من التصرف في ملكه إذا كان تصرفه يلحق ضرراً بغيره بفوق في جسامته ما يعود عليه من نفع وعلى قواعد شرعية أخرى منها " الضرر يزال ، الضرورات تقدر بقدرها ، تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام " ¹.

فالتعسف في استعمال الحق نظرية مستقلة بذاتها لها أحكامها الخاصة بها ومعاييرها التي تنضبط بها وهذا ما تؤكد الأدلة الشرعية الآتية :

رابعا، أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة :

التعسف في استعمال الحق غير جائز وقد دل على ذلك الكثير من الأدلة منها ما يأتي :

*من الكتاب :

قال تعالى : (... وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا 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) ².

¹ - إساءة استعمال الحق خطأ تقصيريا يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ ، مالك جابر حميدي الخزاعي ، مجلة جامعة

بابل العلوم الإنسانية المجلد 17 العدد 2 ، 2009 ص 297

² - البقرة : 231

سبب نزول هذه الآية كما أخرج ابن جرير وابن المنذر أن رجلاً من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثاً راجعها ثم طلقها فعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر فأنزل الله الآية¹.

وجه الدلالة : أن الإمساك حق للزوج ، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو مشروع وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع... وهو بعينه التعسف في استعمال الحق؛ قال ابن كثير: " هذا أمر من الله، عز وجل للرجال، إذا طلق أحدهم المرأة طلاقاً له عليها فيه رجعة، أن يحسن في أمرها إذا انقضت عدتها، ولم يبق منها إلا مقدار ما يمكنه فيه رجعتها، فإما أن يمسكها، أي يرتجعها، إلى عصمة نكاحه، بمعروف وهو أن يشهد على رجعتها، وينوي عسرتها بالمعروف، أو يسرحها، أي يتركها حتى تنقضي عدتها ويخرجها من منزله بالتالي هي أحسن، من غير شقاق ولا مخاصمة ولا تقابح..."².

وقال ابن رجب : "...فدلّ ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة، فإنّه آثم بذلك، وهذا كما كانوا في أوّل الإسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث، يطلّق الرجل امرأته ثم يتركها حتى تقارب انقضاء عدّتها، ثم يراجعها، ثم يطلقها، ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية، فيدع المرأة لا مطلقاً ولا ممسكةً، فأبطل الله ذلك، وحصر الطلاق في ثلاث مرات. وذهب مالك إلى أن من رجع امرأته قبل انقضاء عدّتها،

¹ - جامع البيان في تأويل القرآن، أبو جعفر الطبري (المتوفى: 310هـ)، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة

الطبعة: الأولى، 1420 هـ - 2000 م، ج4 ص530.

² - تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1420 هـ - 1999 م، ج1 ص629

ثم طَلَّقَهَا من غيرِ مَسِيْس: إِنْ قَصِدَ بِذَلِكَ مَضَارَّتَهَا بِتَطْوِيلِ الْعِدَّةِ لَمْ تَسْتَأْنِفِ الْعِدَّةَ، وَبُنْتُ عَلَى مَا مَضَى مِنْهَا، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ ذَلِكَ اسْتَأْنَفْتُ عِدَّةً جَدِيدَةً...¹

فَالْآيَةُ تَبِينُ صِرَاحَةَ أَنَّ اسْتِعْمَالَ حَقِّ الطَّلَاقِ وَالْإِمْسَاكِ مَقِيدٌ بَعْدَ قَصْدِ الْإِضْرَارِ بِالزَّوْجَةِ

فهذا أمر حَرَمَهُ الشَّرْعُ لِأَنَّهُ تَعَسَفَ فِي اسْتِعْمَالِ الْحَقِّ فِي غَيْرِ مَا شَرَعَ لَهُ .
* وَقَالَ تَعَالَى . (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ...)².

يَقُولُ الْجَصَاصُ : "فَجَعَلَ الْأُمُّ أَحَقَّ بِرِضَاعِ الْوَلَدِ هَذِهِ الْمُدَّةَ ثُمَّ أَكَّدَ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ لَا تُضَارُّ... (يعني -والله أعلم - إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها)"³.

وَقَالَ مُجَاهِدٌ : " لَا يَمْنَعُ أُمُّهُ أَنْ تَرْضِعَهُ لِيَحْزَنَهَا بِذَلِكَ "⁴

وَقَالَ الْقُرْطُبِيُّ : " وَلَا يَحِلُّ أَنْ يَمْنَعَ الْأُمُّ ذَلِكَ مَعَ رَغْبَتِهَا فِي الْإِرْضَاعِ هَذَا قَوْلُ جَمَاهُورِ الْمَفْسَرِينَ "¹

¹ -روائع التفسير (الجامع لتفسير الإمام ابن رجب الحنبلي)، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي،

البغدادى، ثم الدمشقي، الحنبلي (المتوفى: 795هـ)، دار العاصمة - المملكة العربية السعودية، الطبعة: الأولى 1422 -

2001 م، ج 1 ص 179

² -البقرة: 233

³ -أحكام القرآن ، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي دار إحياء التراث العربي - بيروت ، 1405هـ، ج2 ص 106.

⁴ -تفسير مجاهد، مجاهد بن جبر المخزومي التابعي أبو الحجاج، المنشورات العلمية - بيروت، تحقيق : عبدالرحمن الطاهر محمد السورتي، ج1 ص 109.

وقال الجصاص : " ... ولما كانت الآية محتملة للمضارة في نزع الولد منها واسترضاع غيرها وجب حمله على المعنيين؛ فيكون الزوج ممنوعاً من استرضاع غيرها إذا رضيت هي بأن ترضعه بأجرة مثلها وهي الرزق والكسوة بالمعروف، وإن لم ترضع أجبر الزوج على إحضار المرضعة حتى ترضعه في بيتها حتى لا يكون مضاراً لها بولدها، وفي هذا دلالة على أن الأم أحق بإمساك الولد ما دام صغيراً وإن استغنى عن الرضاع بعد ما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع كهي قبله فإذا كانت في حال الرضاع أحق به، وإن كانت المرضعة غيرها علمنا في كونه عند الأم حقاً لها وفيه حق للولد أيضاً وهو أن الأم أرفق به وأحنى عليه وذلك في الغلام عندنا إلا أن يأكل وحده ويشرب وحده ويتوضأ وحده وفي الجارية حتى تحيض لأن الغلام إذا بلغ الحد الذي يحتاج فيه إلى التأديب ويعقله ففي كونه عند الأم دون الأب ضرر عليه، والأب مع ذلك أقوم بتأديبه...².

والخلاصة أن الآية تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد باستعمال ما منح من حق وسيلة إلى هذا الإضرار، كما توجب حماية الولد أيضاً من الإضرار به، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي؛ قال ابن شهاب: "والوالدات أحق برضاع أولادهن ما قبلن رضاعهن بما يعطى غيرهن من الأجر، وليس للوالدة أن تضار بولدها فتأبى رضاعه، مضارة وهي تعطى عليه ما يعطى

¹ -الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي (المتوفى :

671 هـ)، المحقق : هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة : 1423 هـ / 2003 م، ج3 ص167

² -أحكام القرآن، ج2 ص106

غيرها من الأجر. وليس للمولود له أن ينزع ولده من والدته مضارا لها، وهي تقبل من الأجر ما يعطاه غيرها"¹.

ففي الآية نهي عن تعسف الأب في استعمال حق ولايته على ابنه فيضر بأمه ، ونهي الأم عن التعسف استعمال حق الرضاع للإضرار بالأب ؛ قال القرطبي : " .. لا تأبى الأم أن ترضعه إضرارا بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها..."².

***قال تعالى : (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون)³.**

قال البيضاوي : " وإن كان ذو عسرة (وإن وقع غريم ذو عسرة وقرئ ذا عسرة أي وإن كان الغريم ذا عسرة) فنظرة (فالحكم نظرة أو فعليكم نظرة أو فليكن نظرة وهي الإنظار وقرئ فناظره على الخبر أي فالمستحق ناظره بمعنى منتظره أو صاحب نظرتة على طريق النسب و فناظره على الأمر أي فسامحه بالنظرة) إلى ميسرة (يسار وقرأ نافع وحمزة بضم السين وهما لغتان كمشركة ومشركة وقرئ بهما مضافين بحذف التاء عند الإضافة كقوله) أخلفوا الله ما وعدوه (وأن تصدقوا) وأن تصدقوا (بالإبراء وقرأ عاصم بتخفيف الصاد) خيرا لكم (أكثر ثوبا من الإنظار أو خير مما تأخذون لمضاعفة ثوابه ودوامه وقيل المراد بالتصدق الإنظار لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دين رجل مسلم فيؤخره إلا كان له بكل يوم صدقة)⁴

¹ -جامع البيان ، الطبري ، ج5ص 46.

² - الجامع لأحكام القرآن ، ج3ص 167

³ -البقرة :280

⁴ -تفسير البيضاوي . دار الفكر - بيروت، ج1ص577

وأخرج عبد بن حميد وابن جرير عن الضحاك في الآية قال : " من كان ذا عسرة فنظرة إلى ميسرة وكذلك كل دين على المسلم فلا يحل لمسلم له دين على أخيه يعلم منه عسرة أن يسجنه ولا يطلبه حتى ييسره الله عليه وأن تصدقوا برؤوس أموالكم يعني على المعسر خير لكم من نظرة إلى ميسرة فاختر الله الصدقة على النظرة"¹

***وقال عليه الصلاة والسلام : " لِي الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعَرِضَهُ "².**

فطلب الحبس وإن كان حق للدائن على مدينه ، إلا أن هذا الحق شرع -في الواقع- وسيلة للإكراه على قضاء الدين أي شرع وسيلة لغاية ، أما وقد استحال يقينا إفضاء هذه الوسيلة إلى غايتها -وهي الوفاء- في حالة العسر فاستعمالها حينئذ يكون تعسفا غير مشروع لأنها وسيلة استعملت في غير ما وضعت له وهذا عين التعسف³

***قال الله تعالى : (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ)⁴ .**

قال الإمام ابن تيمية في الفتاوى مستدلا بهذه الآية على أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات : "... فالله سبحانه وتعالى إنما يقدم على الميراث وصية من لم يضار الورثة بها , فإذا أوصى ضرارًا كان ذلك حرامًا , وكان للورثة إبطاله , وحرم على الموصى له

¹ - الدر المنثور، عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي، دار الفكر - بيروت ، 1993 ج2 ص113

² - صحيح البخاري ، باب من انتظر حتى تدفن ، ج3 ص118.

³ - نظرية التعسف في استعمال الحق ، الدريني ، ص96

⁴ - النساء : 12

أخذه بدون رضاهم ، فلو اعترف الموصي أنه أوصى ضراراً ، لم تجز إعانتته على تنفيذ هذه الوصية ، ووجب ردها ...¹.

قال ابن كثير: "أي لتكون وصيته على العدل لا على الإضرار والجور والحيث بأن يحرم بعض الورثة، أو يُنقصه، أو يزيد على ما قدر الله له من الفريضة"² ، وقال ابن رجب: "أما إن قصد المضارة بالوصية بالتثالث، فإنه يَأثم بقصد المضارة" . وقال الشاطبي بعد ذكر الآية السابقة: " استثنى الإضرار ، فإذا أقر في مرضه بدين لوارث أو أوصى بأكثر من الثلث قاصدا حرمان الوارث أو نقصه بعض حقه بإبداء هذا المانع من تمام حقه كان مضاراً والإضرار ممنوع باتفاق"³ .

*من السنة النبوية :

قول النبي -عليه الصلاة والسلام - فيما رواه أبو سعيد الخدري : " لا ضرر ولا ضرار"⁴.

قال الشوكاني : " هذا فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان من غير فرق بين الجار وغيره فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم فعليك بمطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل فإن جاء به قبلته وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه فإنه قاعدة من قواعد الدين تشهد له كليات وجزئيات . وقد ورد الوعيد لمن ضار غيره فأخرج أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه من حديث أبي صرمة بكسر الصاد المهملة مالك بن قيس الأنصاري وهو

¹ - الفتاوى الكبرى، تحقيق : حسنين محمد مخلوف ، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى ، 1386هـ، ج6ص54

² - تفسير القرآن العظيم، ج2ص231

³ -الموافقات ، ج1ص449

⁴ -سنن ابن ماجه ، باب من بنى في حقه مايضر بجاره ، ج2ص784.

ممن شهد بدرا وما بعدها من المشاهد قال ابن عبد البر بلا خلاف قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم " من ضار أضر الله به ومن شاق شاق الله عليه ¹ واختلفوا في الفرق بين الضر والضرار ف قيل أن الضر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعدا . وقيل الضرار أن تضره من غير أن تنتفع والضر أن تضره وتنتفع أنت به . وقيل الضرار الجزاء على الضر والضر الابتداء ... " ²

قول الدريني .:..وبذلك يكون النهي عن الضرر في هذا الحديث شاملا لما إذا كان الضرر ناتجا عن طريق المباشرة ، أو التسبب مع التعدي ،بارتكاب الأفعال غير المشروعة في ذاتها ...وشامل كذلك للضرر الذي يترتب على فعل مشروع في ذاته ، وهذا القسم هو الذي يدخل في نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ فكان الحديث أصلا لهذه النظرية... ³.

وأما قوله: "لا ضرر ولا ضرار" فقال بعضهم: هما لفظان بمعنى واحد تكلم بهما جميعاً على وجه التأكيد، وقال ابن حبيب: الضرر عند أهل العربية الاسم و الضرار الفعل: فمعنى "لا ضرار" أي لا يدخل أحد على أحد ضرراً لم يدخله على نفسه. ومعنى "لا ضرار" لا يضار أحد بأحد... ⁴

"اعتمد فقهاء الإسلام على حديث ((لا ضرر ولا ضرار)) كأصل ثابت لهذا الموضوع ، وهو حديث صحيح أخرجه الإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة رضي الله عنه في الموطأ .

¹ - سنن أبي داود ، باب في القضاء ، ج3ص353

² -نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، إدارة الطباعة المنيرية، ج5ص312

³ -نظرية التعسف ، ص 118.

⁴ -شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري،

المعروف بابن دقيق العيد (المتوفى: 702هـ)،مؤسسة الريان ،الطبعة: السادسة 1424 هـ - 2003 م ص 108

وقد اقتضى هذا النص حرمة صدور الضرر من كافة الأشخاص على غيرهم ، سواء في البدن أو الأموال ، وذلك عند التصرف المباح فيما هو من حقوق الفرد فضلاً عن تصرفه اعتداءً على ما هو راجع لغيره .

واعتمد فقهاؤنا من المالكية بناءً على قاعدة المصالح المرسلّة أن ذلك يقوم على ثلاثة أركان :

(أ) عدم جواز استعمال الحق إذا كان هذا الاستعمال لا تتولد عنه أية منفعة، بل ينشأ عنه ضرر للغير .

(ب) عدم جواز ممارسة الحق إلا في الحدود التي منح من أجلها هذا الحق .

(ج) ينقطع استعمال الحق المشروع في الوقت الذي ينشأ عنه ضرر فاحش للغير¹.

* عَنْ سَمُرَةَ بِنِ جُنْدُبٍ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَضْدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ قَالَ وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ قَالَ فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَى بِهِ وَيَشْقُ عَلَيْهِ فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى فَأَتَى النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ -صلى الله عليه وسلم- أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى. قَالَ « فَهَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا » أَمْرًا رَغْبَةً فِيهِ فَأَبَى فَقَالَ « أَنْتَ مُضَارٌّ ». فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لِلْأَنْصَارِيِّ « اذْهَبْ فَأَقْلَعْ نَخْلَهُ »².

فالحديث بيّن صراحة جزاء التعسف في استعمال الحق بعد محاولة التوفيق بين مصلحة الأنصاري ومصلحة سمرة دفعا للضرر .

¹ - انتزاع الملك للمصلحة العامة، محمود شمام، مجلة مجمع الفقه الاسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، تصدر عن منظمة

المؤتمر الاسلامي بجدة، ج4 ص744

² - سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، باب في القضاء ، دار الكتاب العربي . بيروت، ج3 ص353

سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 - 1994، ج6 ص157

* عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ "مَثَلُ الْقَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالْوَاقِعِ فِيهَا كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلَاهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ الْمَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ فَقَالُوا لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا فَإِنْ يَتْرَكُوهُمْ وَمَا ارَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا وَنَجَوْا جَمِيعًا" ¹

"قال المهلب : وفى حديث النعمان بن بشير تعذيب العامة بذنوب الخاصة ، وفيه استحقاق العقوبة بترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وفيه تبيين العالم للمسألة بضرب المثل الذى يفهم للعوام ، وفيه أنه يجب على الجار أن يصبر على شئ من الأذى لجاره خوفاً مما هو أشد منه . وأما أحكام العلو والسفل تكون بين رجلين ، فيعتل السفل أو يريد صاحبه هدمه ، فذكر سحنون ، عن أشهب أنه قال : إذا أراد صاحب السفل أن يهدم ، وأراد صاحب العلو أن يبنى علوه ، فليس لصاحب السفل أن يهدم السفل إلا من ضرورة يكون هدمه له أرفق لصاحب العلو ؛ لئلا ينهدم بانهدامه العلو وليس لرب العلو أن يبنى على علوه شيئاً لم يكن قبل ذلك إلا الشئ الخفيف الذى لا يضر بصاحب السفل ..."²

* ما روي عن أبي هريرة . رضي الله عنه . أن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال : " لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ وَاللَّهِ لَأَرْمِينَ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ" ³

" واختلف العلماء فى تأويل هذا الحديث ، فقالت طائفة : هو على الوجوب إذا لم يكن فى ذلك مضرة على صاحب الجدار ، وهو قول الشافعى وأحمد وإسحاق وأبى

¹ - الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، المحقق : محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة : الأولى 1422هـ، ج3 ص139

² - شرح صحيح البخارى . أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال البكري القرطبي، تحقيق : أبو تميم ياسر بن إبراهيم ، مكتبة الرشد - السعودية / الرياض - 1423هـ - 2003م، الطبعة : الثانية، ج7 ص12

³ - صحيح البخاري ، باب لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ، ج3 ص132

ثور . وذهب مالك والكوفيون إلى أنه لا يغرز خشبة في حائط أحد إلا بإذن صاحب الحائط ، ومجمل الحديث عندهم على الندب... قال المهلب : ولو بلغ من اجتهاد حاكم أن يحكم به لنفذ حكمه بما حض النبي عليه أمته من ذلك ، كما حكم عمر على ابن مسلمة في تحويل الساقية إلى جنبه...¹

*عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ...²

والعلة في النهي هي أن في هذا العمل إضرار بأهل البلد قال الدريني : "...وواضح أن الترجيح هنا أساسه الموازنة بين النفع الشخصي وبين ما يلزم عنه من مفسدة ، حتى إذا لزم عن المصلحة الخاصة ضرر عام رجحت كفة هذا الضرر ؛ فمنع الفعل المشروع في الأصل ، وهذا ما تقضي به نظرية التعسف " ³.

وهناك أدلة أخرى كثيرة تؤكد ذلك مما لا يتسع المجال لذكرها ⁴.
*من فقه الصحابة :

روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه : أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض ، أراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد فقال له الضحاك : لم تمنعني وهولك منفعة ؟ تشرب به أولا وآخرا ولا يضرك ، فأبى محمد ، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره

¹ - المصدر السابق، ج6 ص586

² رواه البخاري ، باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سؤم أخيه حتى يأذن له أو يتّرك، ج3 ص 69.

³ - نظرية التعسف ، ص 139.

⁴ - المرجع نفسه ، ص 139-152.

أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرنّ به ولو على بطنك فأمره أن يمرّ به ففعل الضحّاك " ¹.

والظاهر أن قضاء عمر -رضي الله عنه- كان في تعارض المصالح الخاصة في الأملاك المتجاورة من الأرضين ، فقضى بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في الامتناع عن تمكين جاره من الارتفاق بأرضه إذا قضت بذلك حاجة الزراعة عونا لكل مزارع على أن يستثمر أرضه ويستغلها بأيسر سبيل ... ²

ومن أمثلة ذلك أيضا اجتهاد عمر في منع الزواج بالكتابيات الأجنبية بما يفيد أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه ضرر عام ... لمناقضة قصد الشارع وهو التعسف بعينه وهذا الفقه من عمر يؤكد أصل النظر في مآلات الأفعال الواقعة أو المتوقعة واعتبارها شرعا؛ " فكان هذا التصرف الاجتهادي من عمر رضي الله عنه عملاً بقاعدة سدّ الذرائع ، حيث نظر إلى ما سيؤول إليه الفعل من مفسدة راجحة لو بقي الأمر على ظاهر الإباحة ، فكان القول بمنعه في تلك الحالة أولى ، وهو من الاجتهاد في تحقيق المناط الذي من ضوابطه اعتبار مآلات الأفعال .. " ³

وأیضا الطلاق التعسفي وتوريث المبتوتة في مرض الموت بفتوى عثمان بن عفان معاملة له بنقيض قصده ودرءا لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حق الطلاق ؛روي " أن امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال لها

¹ - موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - مصر، ج2 ص746.

² - نظرية التعسف ، الدريني ، ص154

³ - الاجتهاد في مناط الحكم الشرعي دراسة تأصيلية تطبيقية، بلقاسم بن ذاکر بن محمد الزبيدي، أصل الكتاب: رسالة دكتوراة من قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى عام 1435 هـ، إشراف: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي الناشر: مركز تكوين للدراسات والأبحاث، الطبعة الأولى، 1435 هـ - 2014 م، ص465

إذا حضت ثم طهرت فأذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه فلما طهرت آذنته فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن يومئذ مريض فورثها عثمان رضي الله عنه منه بعد انقضاء عدتها¹.

خامسا ، علاقة النظرية بالقواعد الفقهية :

1-قاعدة الأمور بمقاصدها : قال الزرقا في شرح هذه القاعدة : "الأمور جمع أمر ، وهو : لفظ عام للأفعال والأقوال كلها ، ومنه قوله تعالى : ... (وما أمر فرعون برشيده)² ، أي ما هو عليه من قول أو فعل ... ثم إن الكلام على تقدير مقتضى ، أي : أحكام الأمور بمقاصدها ، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء لا عن ذواتها ، ولذا فسرت المجلة القاعدة بقولها : يعني أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر ..."³

وأصل هذه القاعدة فيما يظهر قوله صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنيات..."⁴ .

ويندرج في ذلك ما لا يحصى من المسائل ومما تدخل فيه من العقود ونحوها كنيات البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والإبراء والحوالة والإقالة والوكالة

¹ - موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، باب طلاق المريض، ج2 ص572، سنن البيهقي الكبرى، باب ما

جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت، ج7 ص363

² - هود: 97

³ - شرح القواعد الفقهية، أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، دار القلم، سنة النشر 1409هـ - 1989م، دمشق / سوريا ص47

⁴ - صحيح البخاري باب كَيْفَ كَانَ بَدْءُ الْوَحْيِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ... ج1 ص6

وتفويض القضاء والإقرار والإجارة والوصية والعق والتدبير والكتابة والطلاق والخلع والرجعة والإيلاء والظهار والأيمان والقذف والأمان...¹

إن مقاصد المكلفين معتبرة ، ولهذا القصد السيء سبب من أسباب بناء الأحكام الشرعية المنطلقة من الحكم على التعسف في استعما الحق ؛ قال ابن تيمية : " أَنَّ الْمَقَاصِدَ وَالْإِعْتِقَادَاتِ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّصَرُّفَاتِ وَالْعَادَاتِ ، كَمَا هِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّقَرُّبَاتِ وَالْعِبَادَاتِ ، فَيَجْعَلُ الشَّيْءَ حَلَالًا ، أَوْ حَرَامًا ، أَوْ صَحِيحًا ، أَوْ فَاسِدًا أَوْ صَحِيحًا مِنْ وَجْهِ ، فَاسِدًا مِنْ وَجْهِ ، كَمَا أَنَّ الْقَصْدَ فِي الْعِبَادَةِ يَجْعَلُهَا وَاجِبَةً ، أَوْ مُسْتَحَبَّةً أَوْ مُحَرَّمَةً ، أَوْ صَحِيحَةً ، أَوْ فَاسِدَةً .

وَدَلَالُ هَذِهِ الْقَاعِدَةِ كَثِيرَةٌ جِدًّا ، مِنْهَا قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا)² ، وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا)³ فَإِنَّ ذَلِكَ نَصٌّ فِي أَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّمَا تَبَيَّنَتْ لِمَنْ قَصَدَ الصَّلَاحَ دُونَ الضَّرَارِ ، وَمِنْهَا قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْنَاهُمْ شَيْئًا)⁴ - إِلَى قَوْلِهِ : - (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) - إِلَى قَوْلِهِ - (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ)⁵ فَإِنَّهُ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْخُلْعَ الْمَأْدُونَ فِيهِ إِذَا خِيفَ أَنْ لَا يُقِيمَ الزَّوْجَانِ حُدُودَ اللَّهِ . وَأَنَّ النِّكَاحَ الثَّانِيَّ إِنَّمَا يُبَاحُ إِذَا ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ . وَمِنْهَا قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ) ، فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ إِنَّمَا قَدَّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ

¹ - الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبو بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى : 911هـ)، دار الكتب العلمية، سنة 1403،

بيروت، ص10

² - البقرة : 228

³ - البقرة: 231

⁴ - البقرة : 229

⁵ - البقرة : 230

وَصِيَّةٌ مَنْ لَمْ يُضَارَّ الْوَرَثَةُ بِهَا ، فَإِذَا وَصَّى ضِرَارًا كَانَ ذَلِكَ حَرَامًا ، وَكَانَ لِلْوَرَثَةِ
إِبْطَالُهُ ، وَحَرَّمَ عَلَى الْمُوصَى لَهُ أَخْذُهُ بِدُونِ رِضَاهُمْ ،...¹

لذلك فإن صلتها بنظرية التعسف واضحة باعتبار أن القصد أو الباعث هو
أساس المعيار الذاتي للنظرية .

2- قاعدة الضرر يزال: أَصْلُهَا قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»²؛
قال السيوطي: "اعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الْقَاعِدَةَ يَنْبَنِي عَلَيْهَا كَثِيرٌ مِنْ أَبْوَابِ الْفَقْهِ مِنْ ذَلِكَ:
الرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَجَمِيعُ أَنْوَاعِ الْخِيَارِ: مِنْ اخْتِلَافِ الْوَصْفِ الْمَشْرُوطِ، وَالتَّعْزِيرِ،
وَأَفْلَاسِ الْمُشْتَرِيِّ، وَغَيْرِ ذَلِكَ، وَالْحَجَرُ بِأَنْوَاعِهِ، وَالشُّفْعَةُ، لِأَنَّهَا شُرِعَتْ لِدَفْعِ ضَرَرِ
الْقِسْمَةِ. وَالْقِصَاصُ، وَالْحُدُودُ، وَالْكَفَّارَاتُ، وَضَمَانُ الْمُتْلَفِ، وَالْقِسْمَةُ، وَنُصُبُ
الْأَيِّمَةِ، وَالْقُضَاةِ، وَدَفْعُ الصَّائِلِ، وَقِتَالُ الْمُشْرِكِينَ، وَالبُّغَاةِ، وَفَسْخُ النِّكَاحِ بِالْعُيُوبِ،
أَوْ الْإِعْسَارِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ،"³

وتتدرج تحتها عدة قواعد منها يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام والضرر
الأشد يزال بالضرر الأخف وغيرها مماله صلة وثيقة لنظرية التعسف باعتباره
تمثل المعيار المادي لها .

3- قاعدة منع الحيل : يقول الشاطبي في تعريفه للحيلة: "تقديم عمل ظاهر
الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر فمال العمل فيها
خرم قواعد الشريعة في الواقع كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة
فإن أصل الهبة على الجواز ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا فإن كل

¹ -الفتاوى الكبرى، ج6ص54

² -سبق تخريجه ، ص52

³ - الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: 911هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى،

1411هـ - 1990م، ص84

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 الشرعية¹

والاحتتيال الذي يعتمد أمراً ظاهراً 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 الشرعي²؛ وهو مجال
تطبيقها ؛ يقول ابن القيم : "وَالطَّرِيقُ وَسَائِلُ وَهِيَ مَقْصُودَةٌ لِغَيْرِهَا، فَأَيُّ فَرْقٍ بَيْنَ
التَّوَسُّلِ إِلَى الْحَرَامِ بِطَرِيقِ الْإِحْتِيَالِ وَالْمَكْرِ وَالْخِدَاعِ وَالتَّوَسُّلِ إِلَيْهِ بِطَرِيقِ الْمُجَاهَرَةِ
الَّتِي يُوَافِقُ فِيهَا السِّرُّ الْإِعْلَانُ وَالظَّاهِرُ الْبَاطِنُ وَالْقَصْدُ اللَّفْظُ، بَلْ سَأَلِكُ هَذِهِ
الطَّرِيقَةَ قَدْ تَكُونُ عَاقِبَتُهُ أَسْلَمَ وَخَطَرُهُ أَقَلُّ مِنْ سَأَلِكِ تِلْكَ مِنْ وَجْهِ كَثِيرَةٍ، كَمَا أَنَّ
سَأَلِكِ طَرِيقِ الْخِدَاعِ وَالْمَكْرِ عِنْدَ النَّاسِ أَمَقَّتْ وَفِي قُلُوبِهِمْ أَوْضَعُ وَهُمْ عَنْهُ أَشَدُّ نَفَرَةً
مِمَّنْ أَتَى الْأَمْرَ عَلَى وَجْهِهِ وَدَخَلَهُ مِنْ بَابِهِ"³.

4-قاعدة سد الذرائع :

لغة : الذرائع من الفعل ذرع ؛ "....والذريعة السبب إلى الشيء وأصله..."⁴

اصطلاحاً : "حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة..."⁵

¹ - الموافقات، ج4 ص 201

² - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، الدريني ، ص 191

³ -إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)

تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى، 1411هـ - 1991م، ج3 ص 99

⁴ -لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، ج8 ص 93

⁵ -الموافقات في أصول الفقه، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، تحقيق : عبد الله دراز ، دار المعرفة - بيروت،

ج4 ص 199

وسد الذرائع " ومعناه حسم مادة وسائل الفساد دفعا لها فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور وليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية بل الذرائع ثلاثة أقسام قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب الله تعالى عند سبها وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر فإنه لم يقل به أحد وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنى . وقسم اختلف فيه العلماء هل يسد أم لا ؟ كبيع الآجال عندنا كمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر فمالك يقول : إنه أخرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة آخر الشهر فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل توسلا بإظهار صورة البيع لذلك والشافعي يقول ينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره فيجوز ذلك وهذه البيوع يقال إنها تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك وخالفه فيها الشافعي وكذلك اختلف في النظر إلى النساء هل يحرم ؛ لأنه يؤدي إلى الزنى أو لا يحرم والحكم بالعلم هل يحرم ؛ لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاة السوء أو لا يحرم وكذلك اختلف في تضمين الصناع ؛ لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت فيضمنون سدا لذريعة الأخذ أم لا يضمنون ؛ لأنهم أجراء وأصل الإجارة على الأمانة قولان وكذلك تضمين حملة الطعام لئلا تمتد أيديهم إليه وهو كثير في المسائل فنحن قلنا بسد هذه الذرائع ولم يقل بها الشافعي فليس سد الذرائع خاصا بمالك رحمه الله بل قال بها هو أكثر من غيره وأصل سدها مجمع عليه ...¹.

¹ - الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي

فالشرعية جاءت بالمنع من الوسائل المؤدية إلى الفساد .

قال القرافي : " اعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتتدب وتباح فإن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة والحج وموارد الأحكام على قسمين مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها ووسائل وهي الطرق المفضية إليها وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة ومما يدل على حسن الوسائل الحسنة قوله تعالى: (ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطْئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نِيلاً إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ...)¹؛ فأثابهم الله على الظمأ والنصب وإن لم يكونا من فعلهم بسبب أنهما حصلا لهم بسبب التوسل إلى الجهاد الذي هو وسيلة لإعزاز الدين وصون المسلمين فيكون الاستعداد وسيلة الوسيلة²

5- قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد : الموازنة بين المصالح والمفاسد هي من معايير نظرية التعسف . لذلك قال الفقهاء "درء المفاسد أولى من جلب المصالح، ودفع أعلاها" أي أعلى المفاسد "بأدناها" يعني أن الأمر إذا دار بين درء مفسدة وجلب مصلحة، كان درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، وإذا دار الأمر أيضا بين درء إحدى مفسدتين، وكانت إحداها أكثر فسادا من الأخرى،

(المتوفى: 684هـ)، عالم الكتب، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2 ص32

¹ - التوبة: 120

² - المصدر السابق، ج2 ص32

فدرء العليا منهما أولى من درء غيرها" ¹، "إذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا ؛ لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات ، ولذا قال عليه السلام " إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه " ²3.

فهذه القواعد الفقهية وغيرها بمثابة أصول يستند إليها الفقيه والقاضي في تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق .

سادسا، أسس نظرية التعسف في استعمال الحق :

1-مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض :استخلف الله الإنسان في أرضه فقال تعالى : (وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة) ⁴ ؛ قال سيد قطب : "... فهي الخلافة في الأرض إذن عمل هذا الكائن الإنساني . وهي تقتضي ألواناً من النشاط الحيوي في عمارة الأرض ، والتعرف إلى قواها وطاقاتها ، وذخائرها ومكوناتها ، وتحقيق إرادة الله في استخدامها وتتميتها وترقية الحياة فيها . كما تقتضي الخلافة القيام على شريعة الله في الأرض لتحقيق المنهج الإلهي الذي يتناسق مع الناموس الكوني العام... " ⁵ .

¹ - شرح الكوكب المنير، تقي الدين أبو البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار (المتوفى :

972هـ)، المحقق : محمد الزحيلي و نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الطبعة : الطبعة الثانية 1418هـ - 1997 م، ج4 ص447

² - صحيح البخاري ، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه و سلم، ج9 ص94

³ -الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم (926-970هـ)، دار الكتب

العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة : 1400هـ=1980م، ص90

⁴ - البقرة : 30

⁵ - في ظلال القرآن، دار الشروق . القاهرة، ج6 ص3387.

فمقتضى هذا الدور هو التزام أوامر الله واجتناب نواهيه ومن ثم يستعمل الحق وفق الغاية المشروعة له في الحدود التي تمنع تجاوز أوامر الله أو الوقوع في نواهيه وهذا قوام نظرية التعسف في استعمال الحق .

2-مبدأ العدالة : يقوم الشرع الإسلامي على مبدأ العدل في جميع أحكامه وهذا ما نصت عليه الكثير من النصوص الشرعية مها قوله تعالى : (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)¹ ؛ قوله تعالى : " بالعدل " : وهو مع العالم ، وحقيقته التوسط بين طرفي النقيض ، وضده الجور ؛ وذلك أن الباري خلق العالم مختلفا متضادا متقابلا مزدوجا ، وجعل العدل في اطراد الأمور بين ذلك على أن يكون الأمر جاريا فيه على الوسط في كل معنى ، فالعدل بين العبد وربه إثثار حق الله على حظ نفسه ، وتقديم رضاه على هواه ، والاجتناب للزواجر ، والامتنال للأوامر .وأما العدل بينه وبين نفسه فمنعها عما فيه هلاكها ، كما قال تعالى : (ونهى النفس عن الهوى)² وعزوب الأطماع عن الاتباع ، ولزوم القناعة في كل حال ، ومعنى .وأما العدل بينه وبين الخلق ففي بذل النصيحة ، وترك الخيانة فيما قل وكثر ، والإنصاف من نفسك لهم بكل وجه ، ولا يكون منك إلى أحد مساءة بقول ولا فعل ، لا في سر ولا في علن ، حتى بالهم والعزم ، والصبر على ما يصيبك منهم من البلوى ، وأقل ذلك الإنصاف من نفسك وترك الأذى "³.

¹ - النحل : 90

² -النازعات : 40

³ -أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)

راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1424 هـ -

2003 م ج3 ص153

وقال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ...) ¹

أفاد الأمر بالقيام بالحق والعدل وذلك موجب على كل أحد إنصاف الناس من نفسه فيما يلزمه لهم وإنصاف المظلوم من ظالمه ومنع الظالم من ظلمه لأن جميع ذلك من القيام بالقسط ²

"...فإنما جعل الله سبحانه الحق والعدل عيارا لما يظهر من الخبث وميزانا لما يتبين من الميل ، عليه تجري الأحكام الدنياوية ، وهو سبحانه يجري المقادير بحكمته ، ويقضي بينهم يوم القيامة بحكمه" ³

"وأمر الناس انما تستقيم في الدنيا مع العدل الذي قد يكون فيه الاشتراك في بعض أنواع الإثم أكثر مما تستقيم مع الظلم في الحقوق وان لم يشترك في اثم ، ولهذا قيل ان الله يقيم الدولة العادلة وان كانت كافرة ولا يقيم الظالمة وان كانت مسلمة ويقال الدنيا تدوم مع العدل والكفر ولا تدوم مع الظلم والاسلام ، وقد قال النبي صلى الله عليه و سلم: " ليس ذنب أسرع عقوبة من البغي وقطيعة الرحم" ⁴ ، فالبغي يصرع في الدنيا وإن كان مغفورا له مرحوما في الآخرة وذلك أن العدل

¹ - النساء : 135

² - أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الحصاص أبو بكر، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، 1405، ج3 ص271

³ - المصدر السابق ، ج1 ص639

⁴ - أخرجه أبو داود في سننه برواية "مَا مِنْ ذَنْبٍ أَجْدَرُ أَنْ يُعَجَّلَ اللَّهُ تَعَالَى لِصَاحِبِهِ الْعُقُوبَةَ فِي الدُّنْيَا - مَعَ مَا يَدَّخِرُ لَهُ فِي الْآخِرَةِ - مِثْلُ الْبَغْيِ وَقَطِيعَةِ الرَّحِمِ" ، باب في النهي عن البغي ، ج4 ص427، وفي سنن ابن ماجه ، باب البغي ، ج2 ص1408

نظام كل شيء فإذا اقيم أمر الدنيا بالعدل قامت وإن لم يكن لصاحبها في الآخرة من خلاق"¹

وقال ابن القيم : "... فإن الله سبحانه أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسموات فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأبي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له..."²

فتحقيق مبدأ العدل بهذا المعنى دعامة أساسية تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق على مستوى الأفراد والدولة معا .

3- مبدأ التكافل الاجتماعي : لقد رسخ القرآن الكريم والسنة النبوية مبدأ التكافل الاجتماعي من خلال الكثير من النصوص الشرعية التي تنظم علاقة المسلم بأخيه المسلم وعلاقته بمجتمعه وبالدولة ؛ بحيث لا يطغى جانب على الآخر، وذلك وفق أسس معنوية وأخرى مادية .

¹ - الاستقامة، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، تحقيق : د. محمد رشاد سالم ، جامعة الإمام محمد بن سعود - المدينة المنورة، الطبعة الأولى ، 1403، ج2 ص246

² - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، مطبعة المدني - القاهرة، تحقيق : د. محمد جميل غازي، ص19

ولعل من أهم الأسس المعنوية والتي لها دور كبير في تحقيق التكافل الاجتماعي مبدأ الأخوة الإيمانية بقوله تعالى: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ)¹ وقوله صلى الله عليه وسلم لَا يُؤْمِنُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يُحِبَّ لِأَخِيهِ مَا يُحِبُّ لِنَفْسِهِ²؛ مما ربط الإيمان بالحقوق، فيكون المسلم مع أخيه كالبنين المرصوص فلا يكتفي بإحقاق الحق بل يرتقي إلى مبدأ الإحسان والإيثار والرحمة وغيرها من القيم التي تمنع التعسف في استعمال الحق، إضافة إلى التشريعات العملية التي تحقق الغرض نفسه من خلال الزكاة والصدقة والوقف والهبة... وضبط معاملات الأفراد بأحكام فقهية كثيرة تمنع جعل المال دولة بين الناس لأنهم مستخلفون فيه: (كَيْ لَا يَكُونَ دَوْلَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ)³، "فهو نصٌّ في أن قصد الشارع في الأموال إشاعتها بين الناس وإعادة توزيع الثروة بما يمنع احتكارها في أيدي فئة محدودة من أفراد المجتمع. والآية جاءت في معرض بيان المقصد من خصّ طبقة الفقراء والمساكين بجزء من مال الفيء. فهو نصٌّ في قصد الشارع إلى إعادة توزيع الثروة بطريقة عادلة تحفظ حقوق الأغنياء والفقراء جميعاً".⁴

وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ الَّتِي دَفَّتْ فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا"⁵.

فبيّن فيه - صلى الله عليه وسلم - أن مقصوده من نهى الصحابة عن ادخار لحوم الأضاحي في تلك السنة إنّما كان لدفعهم إلى التصدق بما هو زائد

¹ - الحجرات: 10

² - صحيح البخاري، باب من الإيمان أن يحب لأخيه ما يحب لنفسه، ج1 ص12

³ - الحشر: 7

⁴ - طرق الكشف عن مقاصد الشارع، الدكتور نعمان جعيم، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة: الأولى، 1435 هـ -

2014 م، ص155

⁵ - صحيح مسلم، باب بيان ما كان من النهي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث في أول الإسلام وبيان نسخه وإباحة إلى متى شاء، ج3 ص1561

عن حاجتهم اليومية لتحقيق التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع بإطعام الجائعين وسدّ خلّة المحتاجين، وهو صريح في أن مساعدة المحتاجين وتحقيق التكافل الاجتماعي مقصد من مقاصد الشريعة ينبغي السعي إلى تحقيقه، ولو كان ذلك بفرض قيود على حقوق أصحاب الفضل ليعودوا بفضلهم على المحتاجين، وأنّه لوليّ الأمر أن يفعل ذلك، ولكن شريطة أن يكون ذلك بالمعروف وبما لا يخرق القواعد والأحكام الشرعية الأخرى التي تحفظ على لناس أموالهم وحقوقهم¹.

فيجب استعمال وفق ما يحقق المصلحة الشرعية للمجتمع الإسلامي ككل وبذلك تتقيد الحقوق للفرد والدولة معا. وهذا ما تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق.

4- **مبدأ دفع الضرر :** إن المقصد العام للشريعة الإسلامية هو جلب المصالح ودفع المفساد عن العباد في العاجل والآجل وهذا أساس مهم جدا في تقبيد تصرفات الفرد والدولة عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"² ومعناها " دفع الضرر قبل وقوعه، أو رفعه بعد وقوعه واجب، لأن الضرر في الشرع ممنوع ومدفوع. ولكن دفع الضرر ليس مطلقاً، بل هو مشروط بحسب الإمكان والقدرة، حيث إن دفع الضرر بضرر مثله لا يجوز، ودفعه بضرر أعلى منه أولى بعدم الجواز؛ لأن دفع الضرر لما فيه من المفسدة، فدفعه بضرر أعلى منه أو مثله لا يزيل المفسدة، بل قد يزيدها. والأصل أن يزال الضرر ويدفع

¹ - المرجع السابق، ص 156

² - سبق تخريجه، ص 53

بغير ضرر أصلاً، أو بضرر أخف قدر الإمكان - أي الاستطاعة -؛ لأن التكاليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ ومقيد بالوسع.¹

وهذا ما نلاحظه في جميع التصرفات على مستوى الأفراد والدولة معا ؛ فإن من السياسة الدينية ما يقوم على توجيه العباد في تصرفاتهم المالية، وإن كانوا أحراراً في الأساس في مباشرة ما عهد به إليهم من رزق حُرِّمَ منه غيرهم، ومنها بيان حقيقة الإنفاق لذلك المال في السبل المشروعة. و كذلك وجوب الاستجابة للأوامر والنواهي الشرعية التي تقتضي مراعاة أحكام الله التي لا يجوز إغفالها ولا تجاوزها نفيًا للظلم، وحماية للحقوق، وإقامة للعدل².

وومنه يتضح أن نظرية التعسف في استعمال الحق " تعتمد في تأصيلها على أسس دينية وخلقية توسع من دائرة هذه النظرية من ناحية شمولية وكذلك نجعل فكرة تقييد الحق أكثر واقعية ، فالأساس الديني مفاده أن الأحكام وهي مناشئ الحقوق مبنية على مصالح العباد ويجب أن تكون هذه المصالح وفق ما قصده الله تعالى في شريعته السماوية (القرآن)، فالوازع الديني يجعل الأفراد يبتعدون عن الغلو في ممارسة حقوقهم فالفقه الإسلامي يحكم جانب الضمير الإنساني في الإنسان بالإضافة إلى الأساس الأخلاقي من خلال زرع فضيلة التعاون والتآزر والرحمة والأخوة ، وكلها عوامل تبعث على التكافل الاجتماعي والذي بدوره يقيد من الحق الفردي في مواجهة الحقوق الفردية الأخرى وكذا الحقوق الجماعية فهذه نظرية متجذرة في الشريعة الإسلامية وقد أرساها

¹ - مؤسوعة القواعد الفقهية، المؤلف: محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت

- لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م، ج4 ص334

² - مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ)

المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، عام النشر: 1425 هـ - 2004 م، ج2 ص364

الشارع وفقا للفطرة الإنسانية وهذا مقارنة مع القانون الوضعي والذي يحصر الأساس الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق في المسؤولية التقصيرية التي تقوم على الخطأ...¹

سابعاً، معايير نظرية التعسف في استعمال الحق

1- تعريف المعيار

لغة : العيار ما عايرت به المكايل فالعيار صحيح تام واف تقول عايرت به أي سويته وهو العيار والمعيار²، و (عَايرْتُ) المكيال والميزان (مُعَايَرَةً) و (عِيَارًا) امتحنته بغيره لمعرفة صحته، وعيار الشيء ما جعل مظاما له...³

اصطلاحاً : عرفت معايير التعسف بأنها " تلك الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة التعسف " ⁴

2-أنواع المعايير:

إنّ نظرية التعسف في الفقه الإسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما ⁵:

¹ -نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، بلحورابي سعاد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون المسؤولية المهنية " ، جامعة مولود معمري -تيزو وزو -كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تاريخ المناقشة 27 /2/ 2014 ، ص 67

² - لسان العرب ، ج4 ص620

³ -المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت ، ص2 439

⁴ - التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، قدومي عبير ربحي ، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية 1996 ص28

⁵ - نظرية التعسف ، الدريني ، ص 242-281.

1- **المعيار الذاتي أو الشخصي** : وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه ، من قصد الإضرار ، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة .

2- **المعيار المادي** : الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، ووسيلته في ذلك الموازنة ؛ فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل ، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض ، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى ، وتفصيلهما كما يلي :

المعيار الأول: الشخصي أو الذاتي ، وهو ذو شقين :

الأول : تمحض قصد الإضرار :وهو أقدم معايير التعسف وأصلها ، وهو ممنوع في الشريعة بما دلت عليه الكثير من النصوص الشرعية منها : قوله تعالى : (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ)¹؛ والمراد : غير مضار ، ورثته بوصيته أو دينه . ووجوه المضارة كثيرة : كان يوصي بأكثر من الثلث ، أو وارثه ، أو بالثلث ، أو يحابى به ، أو يهبه ، أو يصرفه إلى وجوه القرب من عتق وشبهه فراراً عن وارث محتاج ، أو يقر بدين ليس عليه . ومشهور مذهب مالك أنه ما دام في الثلث لا يعد مضاراً...².

¹ - النساء : 12

² -تفسير البحر المحيط . محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - 1422 هـ -

2001 م، الطبعة الأولى، تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد معوض، شارك في التحقيق (1) د.زكريا

عبد المجيد النوقي، (2) د.أحمد النجولي الجمل، ج3ص 198

ملاحظة : والشاهد هنا هو قصد الإضرار الذي هو ممنوع في كل الحالات لأنّ الوصية بأكثر من الثلث تعتبر تعديا وليس تعسفا باعتباره مخالفا للحكم الشرعي -كما سبق بيانه -

وقال الزمخشري : " أي غير مضارّ ورثته بإكثار الوصايا ، وهو نهى عن أن يقصد الموصي من وصيته الإضرار بالورثة . والإضرار منه ما حدّده الشرع ، وهو أن يتجاوز الموصي بوصيته ثلث ماله وقد حدّده النبي بقوله لسعد بن أبي وقاص الثلثُ والثلث كثير . ومنه ما يحصل بقصد الموصي بوصيته الإضرار بالوارث ولا يقصد القرية بوصيته، وهذا هو المراد من قوله تعالى: (غير مضار) . ولما كانت نيّة الموصي وقصده الإضرار لا يُطلع عليه فهو موكول لدينه وخشية ربّه ، فإن ظهر ما يدلّ على قصده الإضرار دلالة واضحة ، فالوجه أن تكون تلك الوصية باطلة لأنّ قوله تعالى : (غير مضار) نهى عن الإضرار، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه "1.

وقال الشاطبي : ".... فلا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على أن "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام...."2.

غير أنه لعسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن ومن ذلك أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره فيمنع ، ويمنع من باب أولى إذا استعمل حقه على وجه سيء ؛ بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلا إذا تترتب على هذا الارتفاق نفع لكليهما كما جاء في قضاء عمر رضي الله عنه - في

1 -التحرير والتنوير . الطبعة التونسية، دار النشر : دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس - 1997 م، ج4 ص 266

2 -الموافقات ، ج3 ص 55

قضية محمد بن مسلمةومثاله أيضا : المرور في الطريق بسرعة منخفضة يؤدي إلى إغلاق الطريق على الناس¹.

مثال ذلك في الفقه الحنفي : رَجُلٌ أَرَادَ أَنْ يَحْرِقَ حَصَائِدَ أَرْضِهِ فَأَوْقَدَ النَّارَ فِي حَصَائِدِهِ فَذَهَبَتِ النَّارُ إِلَى أَرْضِ جَارِهِ فَأَحْرَقَ زَرْعَهُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لَوْ أَحْرَقَ حَصَائِدَهُ تَتَعَدَّى النَّارُ إِلَى زَرْعِ جَارِهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَلِمَ كَانَ قَاصِدًا إِحْرَاقَ زَرْعِ الْغَيْرِ.²

في المذهب المالكي :

وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى غَضَبًا عَلَى رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْخَيْرِ وَالِدَيْنِ أُدْبَ.... قَالُوا: إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى بِهِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى لَمْ يَحْلِفْ، وَإِنْ كَانَ حَقًّا لِأَدَمِيٍّ فَعَنْ مَالِكٍ قَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى جَوَازِ سَمَاعِ هَذِهِ الدَّعْوَى، وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ فِي هَذِهِ الصُّورِ، وَلَا يَحْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِنَلَا يَتَطَرَّقَ الْأَرَادِلُ وَالْأَشْرَارُ إِلَى أَدِيَّةِ أَهْلِ الْفَضْلِ وَالِاسْتِهَانَةِ بِهِمْ".³

مثال عن ذلك من الفقه الشافعي:

تقرر في الفقه الشافعي وغيره أن حبس المدين المماطل الممتنع عن الأداء شرع وسيلة لإكراهه على إظهار ما خفي من ماله ،وفاء لدينه شريطة أن يكون قد غلب على الظن يساره فيحبس بناء على طلب الدائن حتى إذا ثبت إعسار المدين فلا يجاب إلى طلبه لأن استعماله في هذه الحال لحقه لا يؤدي إلى المقصود ويمكن أن يكون قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد إحداث الضرر بمدينه

¹ - نظرية التعسف في استعمال الحق ، الدريني، ص

² -مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفى: 1030هـ)، دار الكتاب الإسلامي

الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ص161

³ -تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري (المتوفى:

799هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م، ج2 ص156

قال الشافعي رحمه الله : " ومنعت غرماءه من لزومه حتى تقوم بينة أن قد أفاد مالا "....¹ ؛ قال العز بن عبد السلام : " إن ثبت عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره، لأن الأصل بقاء عسرتة، وأنه إن اكتسب شيئاً صرفه في نفقته ونفقة من يلزمه نفقته."²

مثال من المذهب الحنبلي :

جاء في كشف القناع : "... (وليس له) أي الجار رب الحائط (منعه) أي منع الجار (منه) أي

من وضع خشبه (إذا) أي إذا لم يمكن تسقيف إلاّ به بلا ضرر على الحائط لما تقدم (فإن أبي) رب الحائط تمكينه منه (أجبره حاكم) عليه، لأنّه حق عليه، لأنّه حق عليه"³.

الثاني :الباعث غير المشروع وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع ، لأن قصد صاحب ذلك الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ومعاودة قصد الشارع عينا باطلا ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك .

¹ - الحاوي في فقه الشافعي ، الماوردي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 1414هـ - 1994م ، ج6ص335 ، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي ، الدريني ، ص 233

² -قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دراسة وتحقيق: محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف بيروت - لبنان ص 131

³ - كشف القناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي المتوفى سنة 1051 هـ، عن متن الإقناع للإمام موسى بن أحمد الحجاوي الصالحي المتوفى سنة 960 هـ، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الاولى 1418 هـ - 1997 م ، ج6 ص 179

قال الشاطبي : " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة مصالح العباد على الإطلاق والعموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله، وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع، ولأن المكلف خلق لعبادة الله، وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد في وضع الشريعة -هذا محصول العبادة-؛ فينال بذلك الجزاء في الدنيا والآخرة.¹

وقال أيضا : "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له؛ فقد ناقض الشريعة، وكل ما ناقضها؛ فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له؛ فعمله باطل"².

مثال : الولاية على النفس والمال

..ومن أمثلة ذلك حق الولاية على النفس ولو للأب يجب أن يمارس على وجه النظر والمصلحة لها حتى إذا استعمل على وجه لا يحقق ذلك كان متعسفا ؛ جاء في المدونة في مسألة في وضع الأب بعض الصداق ودفع الصداق إلى الأب: "قلت: رأيت إن زوج ابنته وهي بكر، ثم حط من الصداق، أيجوز ذلك على ابنته في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا يجوز للأب أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا إذا لم يطلقها زوجها؟ قال ابن القاسم: وأرى أن ينظر في ذلك فإن كان ما صنع الأب على وجه النظر مثل أن يكون الزوج معسرا بالمهر فيخفف عنه وينظره فذلك جائز على البنت، لأنه لو طلقها ثم وضع الأب النصف الذي وجب

¹ - الموافقات ، ج3 ص 24

² - المصدر نفسه ص 28

لابنته من الصداق، إن ذلك جائز على البنت فأما أن يضع من غير طلاق ولا وجه النظر لها فلا أرى أن يجوز ذلك" ¹

السلطة الزوجية :

ومنها السلطة الزوجية فغاية التأديب هو تهذيب الزوجة وحملها على الطاعة وإصلاح نشورها، فإذا ابتغى غير ذلك أصبح فعله تعسفيا غير مشروع والنشور هو: " الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعه الاستمتاع بها أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه أو تركت حقوق الله تعالى كالغسل أو الصلاة ومنه إغلاق الباب دونه" ²

جاء في شرح مختصر خليل : " .. يَعْنِي أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا نَشَرَتْ مِنْ زَوْجِهَا بِأَنْ مَنَعَتْهُ الْإِسْتِمْتَاعَ أَوْ خَرَجَتْ عَنْ مَحَلِّ طَاعَتِهِ، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ يَعِظُهَا بِأَنْ يُذَكِّرَهَا أُمُورَ الْآخِرَةِ وَمَا يُلْزِمُهَا مِنْ طَاعَتِهِ فَإِنْ لَمْ تَمْتَثِلْ فَإِنَّهُ يَهْجُرُهَا فِي مَضْجَعِهَا بِأَنْ يَبْعُدَ عَنْهَا فِي الْمَضْجَعِ فَإِنْ لَمْ تَمْتَثِلْ فَإِنَّهُ يَضْرِبُهَا ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ وَهُوَ الَّذِي لَا يَكْسِرُ عَظْمًا وَلَا يَشِينُ جَارِحَةً فَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهَا لَا تَتْرُكُ النُّشُوزَ إِلَّا بِضَرْبٍ مَخُوفٍ لَمْ يَجْزُ تَضْرِيحُهَا وَإِنْ ادَّعَتْ الْعِدَاءَ وَادَّعَى الزَّوْجُ الْأَدَبَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا" ³.

وكل ما قيل في تأديب الزوجة يقال في تأديب الصغار ؛ قال العز بن عبد السلام : " فإن قيل : إذا كان الصبي لا يصلحه إلا الضرب المبرح فهل يجوز ضربه

¹ - المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى : 179هـ)، المحقق : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت . لبنان، ج2 ص104

² - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى : 1230هـ)، دار الفكر، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2 ص343

³ - شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى : 1101هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4 ص7

تحصيلا لمصلحة تأديبه؟ قلنا لا يجوز ذلك، بل يجوز أن يضربه ضربا غير مبرح؛ لأن الضرب الذي لا يبرح مفسدة، وإنما جاز لكونه وسيلة إلى مصلحة التأديب، فإذا لم يحصل التأديب سقط الضرب الخفيف، كما يسقط الضرب الشديد؛ لأن الوسائل تسقط بسقوط المقاصد"¹.

ومثاله أيضا نكاح التحليل عند الحنابلة والمالكية حيث حكما بإبطاله ؛ جاء في المغني : " ... وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله ، وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن و النخعي و قتادة و مالك و الليث و الثوري و ابن المبارك و الشافعي وسواء قال زوجتها إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه إذا أحلها للأول طلقها"²، وقال مالك : " النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، والشرط فاسد لا تحل به..."³ فنكاح المحلل ينافي مقصد الشارع من النكاح لذلك حكم الفقهاء بإبطاله ؛ وضح ذلك ابن تيمية بقوله : " وبهذا يظهر أن نكاح المحلل إنما بطل لأن الناكح قصد ما يناقض النكاح لأنه قصد أن يكون نكاحه لها وسيلة إلى ردّها إلى الأول، والشيء إذا فعل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو ذلك الغير لا إياه فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير لا أن تكون منكوحة له"⁴

¹ - قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ص132

² -المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الأولى ، 1405هـ، ج7ص574

³ -بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، دار الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1425هـ - 2004 م، ج3 ص107.

⁴ -الفتاوى الكبرى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى ، 1386، تحقيق : حسنين محمد مخلوف، ج6ص65

المعيار الثاني: معيار موضوعي وهو نوعان :

1- معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة: وهو يعتمد الموازنة بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة وما يلزم عن عمله من مفسدة ، وقد يكون ثمة معيار مختلط في صورة تحقيق مصلحة تافهة أو ضئيلة ، لا تتناسب مطلقا مع ما يلزم عن الاستعمال من ضرر ، فهذا معياره موضوعي ، يستعان به كقرينة على كشف الباعث أو نية قصد الإضرار ولا خلاف أنه إذا ظهرت المناقضة فالفعل باطل ، لأن المناقضة هي علة الحكم بالتعسف .وينطوي هذا المعيار على الضوابط الآتية¹ :

1-الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين بحيث لا يكون ثمة تناسب بينهما إطلاقا .

2-الضرر العام اللاحق بالمجتمع الإسلامي أو بقطر من أقطاره ...من جراء استعمال الحق الفردي .

3-أن تكون الأضرار التي يلحقها صاحب الحق بغيره مساوية للمصلحة التي يتوخاها ، أو تزيد عليها ولو لم يكن هناك اختلال بين بينهما .

وهو معيار موضوعي مادي ينظر إلى ثمرة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها ...²

ومستند ذلك قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم عَنْ سَمْرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَصُودٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ قَالَ وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ قَالَ فَكَانَ سَمْرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَى بِهِ وَيَشْقُ عَلَيْهِ فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى فَأَتَى النَّبِيَّ -صلى الله عليه وسلم- فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ

¹ - نظرية التعسف في استعمال الحق ، الدريني ، ص 247

² - المرجع السابق ، 247

فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ -صلى الله عليه وسلم- أَنْ يَبِيعَهُ فَأَبَى فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى. قَالَ « فَهَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا ». أَمْرًا رَغِبَهُ فِيهِ فَأَبَى فَقَالَ « أَنْتَ مُضَارٌّ ». فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- لِلْأَنْصَارِيِّ « اذْهَبْ فَأَقْلَعْ نَخْلَهُ »¹

ومثال ذلك كما جاء في المدونة : " فيمن اغتصب أرضا فغرسها أو شيئا مما يوزن أو يكال فأتلفه، قلت: أرأيت لو أن رجلا غصب أرضا فغرس فيها شجرا فاستحقها ربها؟ قال: يقال للغاصب: اقلع شجرك إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة، وكذلك البنيان إذا كان للغاصب في قلعه منفعة، فإنه يقال له: اقلعه إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذ بقيمته مقلوعا...."²

وذلك لأن الضرر الواقع على صاحب الأرض أشد فيدفع بالأخف .

المعيار الثاني الموضوعي :

الضرر الفاحش

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية ، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للمصالح العام ،وقد رأى الفقهاء المالكية³ والحنابلة⁴ والمتأخرين من الحنفية⁵ أن حق المالك

¹ -سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، باب في القضاء ، دار الكتاب العربي ، بيروت، ج3ص352

² -المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (المتوفى : 179هـ)،المحقق : زكريا عميرات، دار الكتب

العلمية بيروت . لبنان، ج4 ص189

³ - المصدر نفسه ، ج4ص474

⁴ -المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد دار الفكر - بيروت، الطبعة

الأولى ، 1405هـ، ج5ص52

⁵ -تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محسن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743

هـ)،الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: 1021 هـ)

مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره ، وهي المضار غير المألوفة...والضرر الفاحش أعم أن يكون ماديا كالدخان الكثيف والأصوات المقلقة ومنع الهواء والشمس والنور و....أو معنويا كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة...¹

وقد بين ابن الرامي الكثير من الأحكام المتعلقة بالبنيان في كتاب الأبنية في الجدار وكتاب نفي الضرر وكتاب العيوب في الدور وكتاب الغروس وكتاب الأرحية².

المعيار الثالث الموضوعي: تعارض المصلحة العامة مع الخاصة:

ويبدو هذا الاختلال بصورة أوضح إذا تعرضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة فيمنع التسبب من باب أولى كما في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي والتزوج بالكتابات في ظرف يؤدي إلى ضرر عام ... والمعيار العام للتعسف هو استعمال الحق في غير ما شرع له³.

3- معايير التعسف في القانون المدني الجزائري :

هذا المشرع الجزائري حذو المشرع المصري في وضعه لنص قانوني ينظم أحكام التعسف في استعمال الحق ، ومع ذلك خالفة في جملة من الأمور...بعد ما كان المشرع ينص على أحكام التعسف بالمادة 41 ق م وقد حشرها مع أحكام الأهلية ، أعاد بموجب القانون 05-10، تنظيم ذات الموضوع بموجب

الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، الطبعة: الأولى، 1313 هـ، ج4ص196

¹ - نظرية التعسف في استعمال الحق ، الدريني ، ص 251-253

² - الإعلان بأحكام البنيان ، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم اللخمي ابن الرامي البناء ، تحقيق فريد بن سليمان ، مركز النشر

الجامعي سنة 1999م ص 279-284

³ - نظرية التعسف في استعمال الحق الدريني ، ص 262

المادة 124 مكرر ق م تحت أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية وهذا على النحو الآتي : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية : إذا وقع بقصد الإضرار بالغير - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"....¹.

والمشروع الجزائري جعل نظرية التعسف داخلية في إطار المسؤولية التقصيرية وجعلها صورة من صور الخطأ² ثامنا، مجال النظرية³:

إن الفقه الإسلامي لا يفرق فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف بين أنواع الحقوق فهي شاملة لها كلها ، وهو شامل للإباحة أو الحريات العامة أيضا باعتبارها إذن من الشارع يقر به مكنة الانتفاع لا على وجه الاختصاص ومعنى التعسف متحقق فيهما معا ودليل ذلك عدم تفريق الصحابة في فتاويهم بين تقييد الحق والرخصة إذا أفضى استعمال أي منهما إلى الإضرار بالغير من الفرد أو الجماعة كما ثبت في قضاء عمر على محمد بن مسلمة ، وفي أمره بالمنع من التزوج من الكتابيات الأجنبية، فهي تدخل في جميع الحقوق بأنواعها سواء كانت مالية أو معنوية ، وفي الحقوق المدنية، والحقوق الدينية ، والحقوق الأدبية، وحقوق الولاية العامة وغيرها ...

¹ - القانون المدني سنة 2007، ص22

² -المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري ، بوبكلا مصطفى ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2015 ص 108

³ - المرجع السابق ص 282-283.

تاسعا، الآثار المترتبة على التعسف أو جزاء التعسف¹:

ويشمل ذلك الجزاء الدنيوي والأخروي :

أ- الجزاء الدنيوي : ويشمل هذا الجزاء على الجزاء المالي أولا والجزاء العيني والجزاء التعزيري :

1- الجزاء المالي : فهو التعويض المالي المحض عما تسببه إساءة التعسف في استعمال الحق ويلزم من أساء في استعمال حقه تعويض الغير عما أصابه من ضرر ، سواء كان ماديا أو معنويا فمن أتلف زرع جاره أو مال غيره يضمن هذا التلف ومن أجرى الماء في أرضه بقصد إتلاف زرع جاره ، ألزم بالتعويض المالي عما أصاب الغير من الضرر .

2- الجزاء العيني ويشمل عدة صور ويختلف باختلاف حالات التعسف :

- فقد يكون الجزاء بحرمان صاحب الحق من حقه عقوبة له : وذلك مثل سلب الولاية من الولي على النفس ، أو المال إذا تعسف في استعمال حقه ، فأضر بالصغير في نفسه أو ماله والحجر على السفیه وتطبيق الزوجة على زوجها عند مضارته في مذهب الأمام مالك .

- وقد يكون بإلزام صاحب الحق باستعماله : كجبر المحتكر على بيع الطعام للمحتاجين وجبر الولي على تزويج ابنته التي منعها من الزواج فإذا أصّر كل واحد مهم على الامتناع قام الحاكم مقامه في ذلك

¹ - نظرية التعسف، الدريني ، ص 288.

- وقد يكون بإزالة سبب التعسف بحيث يوقف الضرر الناتج عنها : وذلك كإجبار الجار على بناء ساتر يمنعه من الاطلاع والإشراف على عورات جاره وهدم بئرهِ التي كانت سببا في ذهاب الماء من بئر جاره
- وقد يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه منعا للضرر الناتج منه : كمنع الشريكين من قسمة المال المشترك إذا كان الشريك الآخر يصاب بضرر من ذلك
- وقد يكون بإبطال التصرف الذي يتعسف استعمال الحق فيه : كإبطال البيع المؤدي إلى الربا .

- 3- الجزاء التعزيري : يجوز للحاكم أن يعزر كل من يرتكب معصية ليس لها حد في الشرع سواء كانت هذه المعصية تتعلق بحقوق الله عزوجل كترك الصلاة أو تتعلق بحقوق العباد كمن يؤدي جاره
- ب- الجزاء الأخروي : تمتاز الشريعة الإسلامية بترتيب جزاء أخروي على البواعث أو النيات غير المشروعة ، فقصد الإضرار أو التحايل على قواعد الشرع ، يترتب عليه الإثم فضلا عن الجزاء الدنيوي¹ ...

ملاحظات :

*الفرق بين المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) والتعسف : المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) ينطلق من تصرفات غير مشروعة بخلاف التعسف ينطلق من تصرفات مشروعة .

*الفرق بين التعسف والتحايل : التحايل صورة من صور التعسف في استعمال الحق .

¹ - نظرية التعسف في استعمال الحق ، فتحي الدريني ، ص423

* يثبت التعسف في استعمال الحق أمام القضاء بجميع الطرق المثبتة للحق غير أن تكييفه يتوقف على حد كبير على الظروف المحيطة بالقضية وعلى عرف الجماعات...ولما كان سوء النية والتحايل لتحصيل المفساد والأضرار هما أكثر أسباب التعسف وجب على القاضي أن تكون له خبرة واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية .

عاشرا، تطبيقات نظرية التعسف في المعاملات المالية :

تطبيقات التعسف كثيرة وشاملة لعدة مجالات على مستوى الدولة في تنظيم علاقتها بالأفراد أو على مستوى الأفراد في ممارسة حقوقهم في الأسرة أو المعاملات المالية وغيرها، وسأقتصر على ذكر تطبيقات لها على عقد الإيجار لكثرة الحاجة إليه سواء كان ذلك في الظروف العادية أو غير العادية كما حدث في وباء كورونا كما يأتي :

1- تعريف عقد الإيجار :

لغة : الأجر الجزاء على العمل والجمع أجور والإجارة من أجر يأجر وهو ما أعطيت من أجر في عمل والأجر الثواب¹.

اصطلاحا : قد عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة ، وهي تعريفات متقاربة في المعنى وإن اختلفت في العبارة . فبعض الفقهاء يزيد قيودا في التعريف لا يرى الآخرون حاجة لذكرها .

فقد عرف الحنفية الإيجار بأنه " عقد على المنافع بعوض "².

وعرفها المالكية بقولهم هي " تملك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض "¹.

¹ - لسان العرب ، ابن منظور ، ج4ص10

² - البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، الامام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة 710 هـ، الطبعة الاولى 1418 هـ - 1997 م، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان ج15ص329

وتعريف الحابلة : هي "عقد على منفعة مباحة معلومة ، مدة معلومة ، من عين معينة ، أو موصوفة في الذمة ، أو على عمل شيء معلوم ، بعوض معلوم"².

وتعريف الشافعية : هي "عقد على منفعة مباحة مقصودة معلومة ، قابلة للبدل والإباحة ، بعوض معلوم"³.

ويمكن أن نقول في الجملة أن الإجارة هي "عقد على منفعة مقصودة مباحة معلومة بعوض معلوم"⁴.

ومحترزات هذا التعريف هي التالية:

- هي عقد : أي ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله .
- على منفعة : هو احتراز من العقد على العين ، فإنه يكون بيعا أو هبة وليس إجارة . والمنفعة تشمل بإطلاقها المنافع المباحة والمحرمة سواء كانت متقومة أو غير متقومة ، ويدخل فيها عمل الإنسان ومنافع غيره من الحيوان والأشياء .
- منفعة مباحة : وهذا قيد يخرج العقد على منفعة محرمة ، كالاستئجار على الرقص والغناء المحرم وغير ذلك من المحرمات .
- منفعة مقصودة : وهذا قيد يخرج المنفعة التافهة أي ما لا قيمة له تقصد غالبا من المنافع ، مثل استئجار بيعاع على كلمة لا تتعب ، أو استئجار تقاحة لشمها .
- منفعة معلومة : وهذا احتراز من المنفعة المجهولة فإنها لا تصح الإجارة عليها ، لأن فيها غرر . فوجب العلم بالمنفعة لتصح الإجارة عليها ، والعلم بالمنفعة

¹ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر

الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ج4 ص2

² - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ)

الناشر: دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994، ج3 ص438

³ - الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (المتوفى : 1051هـ)

الحقق : سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان، ج1 ص265

⁴ - فقه المعاملات، مجموعة من المؤلفين، [موسوعة فقه المعاملات]، ج1 ص81

يكون بتحديدھا بالزمن كاستئجار شهر أو سنة ، أو بنوع العمل كاستئجار على
خياطة ثوب أو بناء جدار . وبهذا القيد خرجت المنفعة في المضاربة لأن مقدار
الربح يكون مجهولاً كما خرجت الجعالة على عمل مجهول كرد الضالة إذ أنه قد
يجدها بعد يوم وقد يجدها بعد ساعة .

- بعوض : وهذا القيد لإخراج هبة المنافع وإعارتها والوصية بها ، فإنها عقد على
منافع معلومة لكنها بغير عوض .

- بعوض معلوم : وهذا للاحتراز عن العوض المجهول ، لأن العوض في الإجارة
ثمن للمنفعة ، وشرط الثمن أن يكون معلوماً . وهذا القيد أخرج المساقاة فإن
العوض فيها مجهول المقدار ، وأخرج المضاربة فإن مقدار الربح فيه غير معلوم .
2- أحكام عامة تمنع التعسف في الانتفاع بعقد الإيجار¹:

- ما يترتب على عقد الإجارة:

إذا تم عقد الإجارة ترتب عليه ما يلي:

لزوم بذل المؤجر العين المستأجرة .. ولزوم بذل المستأجر الأجرة .. مُلك
المستأجر منفعة العين المؤجرة مدة الإجارة .. مُلك المؤجر كامل الأجرة.

- حكم الحسم من الأجرة:

من استأجر أجيراً فعلياً أن يعطيه حقه كاملاً إذا أدى عمله كاملاً.

ومن استأجر عاملاً لمدة شهر مثلاً، فليس له أن يحسم عليه من راتبه اليومي
يومي، إذا غاب بدون عذر؛ لأن أموال الناس محترمة، والتعزير بالمال لا يجوز
إلا لولي الأمر، والأجير له حق يأخذه، وعليه حق يؤديه، فلا يظلم ولا يُظلم.

فإذا غاب يوماً يُحسم من راتبه يوم، والزيادة على ذلك أكل لأموال الناس بالباطل.

- حكم تأجير أهل المحرمات:

¹ - موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التوجيهي،: بيت الأفكار الدولية، الطبعة: الأولى، 1430 هـ -

لا يجوز تأجير البيوت والمحلات على من يبيع المحرمات كآلات اللهو المحرمة .. والأفلام والصور .. وأشرطة الفيديو والغناء .. والخمر والمخدرات .. والدخان والجراك.

وكذا من يتعاطى المعاملات المحرمة كالبنوك الربوية .. ومن يتخذ المحل معملاً للخمر .. أو مأوى لأهل الملاهي والزنا .. أو مكاناً لعرض أزياء التبرج وبيعها .. أو محلاً لبيع أواني الذهب والفضة .. أو محلاً لحلق اللحى ونحو ذلك؛ لما في ذلك من الإعانة على المحرم، وغش المسلمين...

- زيادة الأجرة:

يلزم المستأجر دفع الأجرة المتفق عليها، وإذا ارتفعت الأجور فليس للمؤجر فسخ الإجارة، أو إلزام المستأجر أثناء مدة العقد بزيادة الأجرة، أو ترك المحل المستأجر. وإذا انخفضت الإجازات فليس للمستأجر فسخ الإجارة، أو إلزام المؤجر بتخفيض الأجرة أثناء مدة العقد.

ففي تطبيق هذه الأحكام منعا للتعسف في استعمال الحق سواء كان ذلك من المؤجر أو المستأجر .

3-تأثير جائحة كورونا على عقد الإجارة.

أثر مرض كورونا بشكل كبير على عقود الإجارة، والمنافع المترتبة من تلك العقود مما شجع ظاهرة التعسف في استعمال حقوقهم لحماية منافعهم الشخصية أو بقصد إضرار غيرهم، ومن مظاهر تأثير انتشار المرض :
-إغلاق المتاجر بأنواعها إغلاقاً جبرياً كلياً أو جزئياً، مما تسبب في توقف عمليات البيع والشراء وتصريف البضائع، وترتب على ذلك عجز كلي أو جزئي عن بذل الاستحقاق الإيجاري لتلك المتاجر والمراكز بأنواعها.

-توقف المحلات الخدمية كالصالونات الحلاقة وخدمة السيارات وصيانة الأجهزة ونحوها، مما أدى إلى خسارة مالية وعقود الصيانة، وعجز كلي أو جزئي عن بذل الاستحقاق الإيجاري لعقودها.

-توقف كثير من الأنشطة الحياتية كمراسم الفرح والعزاء والترفيه، مما أدى إلى الإخلال بالتعاقدات الإيجارية الفردية أو الجماعية مع مقدمي الخدمات المتعلقة بتلك الأنشطة وأصحابها.

-تعطل حركة النقل الداخلي والخارجي، مما تسبب في الإخلال بعقود السفر من تذاكر وغيرها، وعقود الإيجار على النقل والخدمات الفندقية.

-توقف أنشطة النقل وتقديم الخدمات أدى إلى تعذر توصيل المنتجات المتعاقد عليها من سلع وخدمات للزبائن، وإلى تضرر العقود بين الشركات المنتجة والشركات الناقلة.

وكل هذه المظاهر التعاقدية وغيرها كثير، تتطوي على جوانب من الخسارة المالية النقدية أو العمالية أو الشهرة التجارية، خسارة دامت لمدد زمنية طويلة، لم تعهد من قبل، وعجز كلي أو جزئي عن بذل وتسديد المستحقات، والالتزامات التعاقدية المترتبة عنها¹.

4-فناوى العلماء المانعة للتعسف في حال الوباء :

وفي ضوء ذلك اجتهد العلماء في اصدار عدة فتاوى تمنع التعسف في حال هذه النازلة تحقيقا لمبدأ العدل ومنعا للضرر بين الأطراف جميعا منها² :

- فالمستأجر الذي لم يتضرر من الجائحة؛ يجب عليه أن يدفع كامل الأجرة بلا نقصان، إلا أن يتفضل المؤجر عليه.

¹ - أنور محمد الشلتوني، "المعالجة الشرعية لآثار جائحة كورونا على عقود الإيجار"، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة أم القرى، العدد 83، 1446هـ-2020م، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية، ص1315

² - "كورونا وإيجار المساكن والمحال... الجزيرة نت تنشر فتوى شرعية لمجموعة من الفقهاء" بتاريخ 2020/5/17

- من تضرر جزئيا أو كلياً، ينظر إلى كل شخص حسب حاله، ففي حالة التضرر الجزئي؛ تخفض الأجرة، وفي حالة التضرر الكلي يفرق بين من أجر للسكنى، فيكون مستحقاً للزكاة إن لم يكن عنده مال؛ فيعطي من مال الزكاة، أو يسقط عنه المؤجر الأجرة من زكاة ماله، وأما المستأجر للمحلات التجارية، فيفسخ العقد بينهما، أو يسقط المؤجر الأجرة عن المستأجر إلى حين رفع البلاء.

- الواجب على الدولة تعويض المؤجرين من أصحاب الدور والمحلات التجارية، فليس كل صاحب عقار غنياً، بل ربما بعضهم يقتات مما يملك من البنيات السكنية والمحلات التجارية، كما أنهم لا ذنب لهم في حصول الضرر الواقع عليهم.

ويقاس على ذلك جميع العقود الأخرى وفق معايير نظرية التعسف في استعمال الحق التي تقصد إلى مراعاة أحكام الشرع الإسلامي ودفع الضرر الخاص والعام وتحقيق العدل في كل المجالات .

تقويم : ما رأيك في مقولة "من استعمل حقه فما ظلم" على ضوء ما درست ؟

قائمة المصادر والمراجع

- 1- أحكام القرآن ، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر ، تحقيق : محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، 1405هـ.
- 2- أحكام القرآن، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (المتوفى: 543هـ)
- 3- الاستقامة، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، جامعة الإمام محمد بن سعود - المدينة المنورة، الطبعة الأولى ، 1403هـ
- 4-الأشباه والنظائر ،تاج الدين بن تقي الدين السبكي (المتوفى 771هـ)،دار الكتب العلمية الطبعة الأولى سنة 1411هـ-1991م
- 5-الأشباه والنظائر، عبد الرحمن بن أبو بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى : 911هـ، دار الكتب العلمية، سنة النشر 1403هـ، بيروت
- 6- الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ،: الشَّيْخُ زَيْنُ الْعَابِدِينَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ نُجَيْمٍ (926-970هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة 1400هـ=1980م
- 7-أصول الفقه، أبو زهرة ، درا الفكر العربي
- 8-إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية (المتوفى: 751هـ)
- 9-الإعلان بأحكام البنيان ، أبو عبد الله محمد بن ابراهيم اللخمي ابن الرامي البناء ، تحقيق فريد بن سليمان ، مركز النشر الجامعي سنة 1999م
- 10-أنوار البروق في أنواء الفروق،القراقي، عالم الكتب،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ
- 11- "المعالجة الشرعية لآثار جائحة كورونا على عقود الإيجار "، أنور محمد الشلتوني، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة أم القرى،

العدد 83، 1446هـ-2020م، مجلة علوم الشريعة والدراسات الإسلامية،
ص1315

12- البحر الرائق شرح كنز الدقائق (في فروع الحنفية)، الإمام أبي البركات عبد
الله بن أحمد بن محمود المعروف بحافظ الدين النسفي المتوفى سنة 710
هـ، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1997 م، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان
ج15 ص329

13- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن
أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ)، الناشر: دار
الحديث - القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، تاريخ النشر: 1425هـ - 2004 م.
14- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، إبراهيم بن علي بن
محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى (المتوفى: 799هـ، مكتبة الكليات
الأزهرية، الطبعة: الأولى، 1406هـ - 1986م

15- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن
محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743 هـ)، الحاشية: شهاب
الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى:
1021 هـ)

16- التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبي الحسن علي بن
سليمان المرداوي الحنبلي، سنة الولادة 817 هـ / سنة الوفاة 885 هـ، تحقيق د.
عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، الناشر مكتبة الرشد،
سنة النشر 1421هـ - 2000م، السعودية / الرياض.

17- التحرير والتنوير، محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق: د. محمد رشاد سالم
، الطبعة التونسية، دار النشر: دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس - 1997 م

18- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، دار
الكتب العلمية

19-التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، قدومي عبير رحي ،
رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية 1996م

20-تفسير البحر المحيط . محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي،
تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود - الشيخ علي محمد معوض، الطبعة
الأولى ،دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - 1422 هـ - 2001 م، الطبعة
الأولى سنة 1422 هـ - 2001 م

21- تهذيب اللغة، محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور (المتوفى:
370هـ)،تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، الطبعة
الأولى، 2001م.

22-تيسير التحرير ،، محمد أمين . المعروف بأمير بادشاه دار الفكر ، ج1
ص.15.

23-الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي ، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم
أطفيش،دار الكتب المصرية - القاهرة، الطبعة: الثانية، 1384هـ - 1964 م.

24-الحاجة وأثرها في الأحكام ،أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد ،- دار
إشبيليا ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 ، 1429هـ، 2008

25-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي
المالكي (المتوفى: 1230هـ)، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ.

26- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، أبو الحسن، علي بن أحمد
بن مكرم الصعيدي العدوي (المتوفى: 1189هـ)،المحقق: يوسف الشيخ محمد
البقاعي، دار الفكر - بيروت، 1414هـ - 1994م.

27- الحاوي في فقه الشافعي ، الماوردي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى
1414هـ - 1994م

28-حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة ، محمد بن حسين الجيزاني،
مكتبة دار المنهاج ، الطبعة الأولى ، 1428هـ

- 29- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، يعقوب عبد الوهاب الباحسين ، مكتبة الرشد ، الرياض، الطبعة الرابعة 1422هـ-2001م
- 30-الروض المربع شرح زاد المستتقع في اختصار المقنع،منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (المتوفى : 1051هـ)المحقق : سعيد محمد اللحام،الناشر : دار الفكر للطباعة والنشر - بيروت - لبنان
- 31-سنن أبي داود،أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني،باب في القضاء ، دار الكتاب العربي . بيروت
- 32-شرح الكوكب المنير ، المتوفى 972هـ ،تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد ،مكتبة العبيكان الطبعة الثانية 1418هـ-1997م
- 33-شرح مختصر خليل للخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله (المتوفى: 1101هـ)، دار الفكر للطباعة - بيروت،الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ
- 34-ضوابط الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة وتطبيقاتها على الاجتهادات المعاصرة ،وليد صلاح الدين الزير، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 26، العدد 1، سنة 2010، 35-الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله، تحقيق : د. محمد جميل غازي ،مطبعة المدني - القاهرة
- 36-طرق الكشف عن مقاصد الشارع، الدكتور نعمان جعيم، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،الطبعة: الأولى، 1435 هـ - 2014 م
- 37-علم المقاصد الشرعية، نور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، الطبعة: الأولى 1421هـ-2001م
- 38-غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت /لبنان ،سنة 1405هـ-1985م.

39-الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم، الجويني، المحقق: عبد العظيم الديب، مكتبة إمام الحرمين، الطبعة: الثانية، 1401هـ

40-الفتاوى الكبرى الفقهية على مذهب الإمام الشافعي، أحمد بن محمد بن محمد بن علي ابن حجر المكي الهيثمي، (ت: 974 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م

41- الفتاوى الكبرى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، تحقيق : حسنين محمد مخلوف دار المعرفة - بيروت، الطبعة الأولى ، 1386هـ
42- الفروق في الشرح الممتع ،محمد العثيمين رحمه الله تعالى، المصدر: موقع مكتبة صيد الفوائد

<http://www.saaaid.net/book/index.php>

43-فقه المعاملات، مجموعة من المؤلفين، [موسوعة فقه المعاملات] المصدر :
موقع الإسلام <http://moamlat.al-islam.com>

44-في ظلال القرآن، سيد قطب، دار الشروق . القاهرة، ج6ص3387.

45-القاموس المحيط ،محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة: الثامنة، 1426 هـ - 2005 م
46-قواعد الأحكام في مصالح الأنام،العز بن عبد السلام ، دراسة وتحقيق:

محمود بن التلاميذ الشنقيطي، دار المعارف بيروت - لبنان

47-القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر - دمشق، الطبعة: الأولى، 1427 هـ - 2006 م

48-كشاف القناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي المتوفى سنة 1051 هـ،

عن متن الإقناع للإمام موسى بن أحمد الحجاوي الصالحي المتوفى سنة 960

هـ،تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي،دار الكتب

العلمية بيروت - لبنان، الطبعة الاولى 1418 هـ - 1997 م

49-كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت سنة النشر 1418هـ - 1997م

50-روضة الناظر وجنة المناظر، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، تحقيق عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن سعود - الرياض، الطبعة الثانية، 1399هـ

51-كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت سنة النشر 1418هـ - 1997م

52-كورونا وإيجار المساكن والمحال... الجزيرة نت تنشر فتوى شرعية لمجموعة من الفقهاء" بتاريخ 2020/5/17 www-aljazeera-net.cdn.ampproject.org

53- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت، ج1 ص223.

54-مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبلي المدعو بشيخي زاده، سنة الولادة / سنة الوفاة 1078هـ، دار الكتب العلمية، سنة النشر 1419هـ - 1998م، لبنان/ بيروت

55-مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي الحنفي (المتوفى: 1030هـ)، دار الكتاب الإسلامي

56-المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ)، دار الفكر - بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ.

57-مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق : محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، طبعة 1415 هـ - 1995م

58- المدخل الفقهي العام ، الزرقا، دار القلم دمشق ،الطبعة الأولى 1418هـ -
1998م

59- المدونة الكبرى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني
(المتوفى : 179هـ)، المحقق : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت . لبنان
60- المستدرك بتعليق الذهبي، الإمام الحاكم أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن
محمد، كتاب الطلاق ، ج2 ص500.

61- المستصفي من علم الأصول، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دراسة
وتحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ،الطبعة
الأولى، 1417هـ/1997م، ج1 ص378.

62- المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري ،
بوبكلا مصطفى ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية 2015
63- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد بن محمد بن علي
المقري الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت.

65- المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى . أحمد الزيات . حامد عبد القادر . محمد
النجار، تحقيق : مجمع اللغة العربية، دار النشر : دار الدعوة، ج1 ص538.
66- معجم لغة الفقهاء ،محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، دار النفائس
،الطبعة: الثانية، 408 هـ - 1988 م.

67- معجم مقاييس اللغة ابن فارس ، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار
الفكر، الطبعة : 1399هـ - 1979م.

68- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن
أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: 977هـ) الناشر: دار الكتب العلمية،
الطبعة: الأولى، 1415هـ - 1994

69- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة
المقدسي أبو محمد، دار الفكر ، بيروت، الطبعة الأولى ، 1405هـ

- 70- مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن
عاشور التونسي (المتوفى: 1393هـ)، المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة
الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، عام النشر: 1425 هـ - 2004م
- 71- المنشور في القواعد، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي أبو عبد الله،
تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت،
الطبعة الثانية، 1405هـ.
- 72- الموافقات، الشاطبي، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار
ابن عفان، الطبعة الأولى 1417هـ / 1997م
- 73- موسوعة الفقه الإسلامي، محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، بيت
الأفكار الدولية، الطبعة الأولى، 1430 هـ - 2009 م
- 74- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت
- 75- مؤسوعة القواعد الفقهية، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو
الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، 1424 هـ -
2003 م
- 76- نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي، بلحورابي سعاد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع " قانون
المسؤولية المهنية "، جامعة مولود معمري - تيزو وزو - كلية الحقوق والعلوم
السياسية، تاريخ المناقشة 27 / 2 / 2014
- 77- نظرية الضرورة الشرعية مقارنة بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة بيروت
، الطبعة الرابعة: 1405هـ - 1985م
- 78- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد
بن حمزة شهاب الدين الرملي (المتوفى: 1004هـ)، دار الفكر، بيروت، الطبعة -
1404هـ / 1984م

فهرس الموضوعات :

الصفحة	الموضوعات
	مقدمة :
1	بطاقة عن المقياس.....
2	نظرية الضرورة الشرعية.....
3	تمهيد.....
3	تعريف الضرورة :
3	تعريف الضرورة لغة
3	تعريف الضرورة اصطلاحا
5	تعريف الضرورة عند المعاصرين
6	تعريف الضرورة عند الأصوليين
7	العلاقة بين الضرورة ومصطلحات ذات صلة
8	العلاقة بين الضرورة والحاجة.....
10	العلاقة بين الضرورة والرخصة.....
11	العلاقة بين الضرورة والمشقة
12	العلاقة بين الضرورة والخرج.....
12	العلاقة بين الضرورة والمصلحة.....
14	ضوابط الضرورة.....
14	تعريف الضابط.....
15	أنواع الضوابط.....
17	حالات الضرورة.....
18	ضرورة الغذاء والدواء.....
18	تعريفها
18	مسائل.....
19	الإكراه الملجئ

19	تعريف الإكراه.....
20	شروط الإكراه:
21	أنواع الإكراه:
21	أثر الإكراه على المحظورات الشرعية الحسية أي الفعلية بالنسبة لأحكام الآخرة وأحكام الدنيا.....
23	النسيان.....
23	تعريفه لغة
23	اصطلاحاً.....
23	حكمه.....
25	الجهل.....
25	تعريفه.....
25	حكمه.....
26	العسر وعموم البلوى.....
26	تعريفه.....
26	حكمه.....
27	السفر.....
27	تعريفه.....
27	حكمه.....
27	المرض.....
27	تعريفه.....
28	حكمه.....
28	النقص الطبيعي.....
28	تعريفه.....
28	حكمه.....
29	الدفاع الشرعي.....
29	تعريفه.....

29	 حكمه
30	 حكم العمل بالضرورة عموماً
30	 أدلة مشروعية نظرية الضرورة
30	 من القرآن الكريم
32	 من السنة النبوية
33	 عمل الصحابة
34	 القواعد الشرعية العامة
34	 حكم الضرورة تفصيلاً
35	 أنواع الرخص التي تتخرج على قاعدة الضرورة:
37	 قواعد الضرورة وتطبيقاتها
37	 قاعدة المشقة تجلب التيسير
37	 معنى القاعدة
37	 تطبيقاتها
38	 قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع
38	 معنى القاعدة
39	 تطبيقاتها
39	 قاعدة الضرورات تبيح المحظورات
39	 معنى القاعدة
39	 تطبيقاتها
39	 قاعدة يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها
39	 معنى القاعدة
40	 تطبيقاتها
40	 قاعدة الضرورات تقدر بقدرها
40	 معنى القاعدة
41	 تطبيقاتها
41	 قاعدة ما جاز لعذر بطل بزواله

41	معنى القاعدة
41	تطبيقاتها
42	قاعدة الاضرار لا يبطل حق الغير
42	معنى القاعدة
42	تطبيقاتها
43	قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة
43	معنى القاعدة
43	تطبيقاتها
43	أثر الضرورة في عقود المعاملات المالية المعاصرة
44	الوفاء بالوعد والمراوحة للآمر بالشراء
44	تصحیح الشرط الجزائي في العقود
45	الضرورة والظروف الطارئة في العقود المتراخية
44	تقويم
46	نظرية التعسف في استعمال الحق
46	مفاهيم أساسية عن النظرية
50	مفهوم التعسف في استعمال الحق
51	تعريف التعسف لغة واصطلاحاً
53	الفرق بين التعسف والتعدي أو مجاوزة الحد
55	العلاقة بين التعسف والإساءة
56	التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق
58	أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة
58	من الكتاب
64	من السنة النبوية
68	من فقه الصحابة
70	علاقة النظرية بالقواعد الفقهية

70	قاعدة الأمور بمقاصدها.....
72	قاعدة الضرر يزال.....
72	قاعدة منع الحيل.....
73	قاعدة سد الذرائع.....
75	قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد.....
76	أسس نظرية التعسف في استعمال الحق.....
76	مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض.....
77	مبدأ العدالة.....
79	مبدأ التكافل الاجتماعي.....
81	مبدأ دفع الضرر.....
83	معايير نظرية التعسف في استعمال الحق.....
83	تعريف المعيار لغة واصطلاحاً.....
83	أنواع المعايير
84	المعيار الشخصي أو الذاتي.....
84	تمحيز قصد الإضرار
87	الباعث غير المشروع.....
91	المعيار الموضوعي.....
92	معيار التوازن أو التناسب بين المصالح المتعارضة.....
92	الضرر الفاحش.....
93	تعارض المصلحة العامة مع الخاصة.....
93	معايير التعسف في القانون المدني الجزائري
94	مجال النظرية.....
95	الآثار المترتبة على التعسف أو جزاء التعسف.....
97	تطبيقات نظرية التعسف في المعاملات المالية.....
97	تعريف عقد الإيجار.....
99	أحكام عامة تمنع التعسف في الانتفاع بعقد الإيجار.....

100	تأثير جائحة كورونا على عقد الإجارة.....
101	فتاوى العلماء المانعة للتعسف في حالة الوباء
102	تقويم.....
103	قائمة المصادر والمراجع.....
111	فهرس الموضوعات