

الفصل الثاني

أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة

المبحث الأول

أدلة النظرية من الكتاب

الدليل الأول:

قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّيَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَمْ يُولَدْ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

تدل الآية الكريمة على أن الرضاع حق للأم، وهي أحق من غيرها وأولى في رضاع ولدها؛ لرفقها وحنوها عليه، إذا رضيت بما ترضى به الأجنبية.

يقول الجصاص^(١) في تفسير قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]: «فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة، ثم أكد ذلك بقوله: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَمْ يُولَدْ﴾ [البقرة: ٢٣٣] يعني - والله أعلم - إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها».

وتعليل ذلك ظاهر، إذ الأم أرق وأحن على ولدها من غيرها، وربما كان لبنها أصحّ لغذيته أيضاً، والطفل ما ثبت له حق الرضاع منذ ولادته إلا لهذه التغذية والتنمية الطبيعية.

(١) «أحكام القرآن»: (١/٤٧٩).

❖ نهى الأب عن التعسف في استعمال حق ولايته على ابنه:

والآية صريحة في نهى الأب عن مضارة الأم أيضاً، بإساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه؛ فلا يجوز للأب انتزاع ولدها منها إذا رضيت بإرضاعه مجاناً، أو بما رضي به غيرها، وألفها الصبي^(١)، كما لا يجوز انتزاعه منها إذا لم ترضعه، بل يأتي بالظئر فترضعه عندها^(٢).

يقول الإمام القرطبي: «ولا يحل أن يمنع الأم ذلك، مع رغبتها في الإرضاع، هذا قول جمهور المفسرين»^(٣).

ويقول أيضاً: «لا ينزع الولد منها إذا رضيت بالإرضاع وألفها الصبي»^(٤).

ويقول الجصاص في حالة ما إذا لم ترضعه: «ولكنه يؤمر الزوج بأن يحضر الظئر إلى عندها حتى ترضعه في بيتها»^(٥). فالضرر هنا ألم نفسي لا مادي، وكلاهما ممنوع. وعلى هذا، فالآية - كما ترى - محتملة للمضارة في نزع الولد منها، واسترضاع غيرها، فيجب حملها على المعنيين، فيمنع الزوج من الأمرين، ويؤكد الجصاص هذا المعنى بقوله: «ولما كانت الآية محتملة للمضارة في نزع الولد منها، واسترضاع غيرها، وجب حملها على المعنيين، فيكون الزوج ممنوعاً»^(٦).

قال مجاهد في قوله تعالى: ﴿لَا تُضَاكِرْ وَيْلَةً يُولِّدَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]: «لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك»^(٧).

(١) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (١٦٧/٣)، و«القوانين الفقهية» لابن جزي ص ٦٢ و ٢١٧، و«بداية المجتهد»: (٤٧/٢)، و«كشف القناع»: (٤٦٢/٣).

(٢) «أحكام القرآن» للجصاص: (٤٨٠/١).

(٣) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (١٦٧/٣).

(٤) «أحكام القرآن» للجصاص: (٤٨٠/١).

(٥) المرجع السابق، وجاء في الحديث عن ابن عمرو رضي الله عنه أن امرأة جاءت بابن لها إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأراد أبوه أن ينزعه مني، فقال ﷺ: «أنت أحق به ما لم تتزوجي» [أخرجه أبو داود: ٢٢٧٦، وأحمد: ٦٧٠٧، وهو حسن] «أحكام القرآن» للجصاص (٤٧٩/١) وما يليها.

(٦) المرجع السابق. (٧) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٨.

وقال عطاء وقتادة والزهرى وسفيان الثوري والسدي: «إذا رضيت ما يرضى به غيرها فهي أحق به، وهذا هو المنصوص عن أحمد رحمه الله، ولو كانت في حبال الزوج.

وقيل: إن كانت في حبال الزوج فله منعها من إرضاعه، إلا أن لا يمكن إرضاعه من غيرها، وهو قول الشافعي. لكن إنما يجوز ذلك إذا كان قصد الزوج به توفير الزوجة للاستمتاع، لا مجرد إدخال الضرر عليها»^(١).

أما قول بعض الكاتبين: بأنه لا يجوز للأب هضم أجره حقها في الرضاع، فهذا اعتداء على حق الغير، وتجاوز لا تعسف؛ إذ ليس للزوج حق أصلاً في أكل مال زوجته بدون إذنها، فضلاً عن أن يوصف بالتعسف^(٢).

❖ الرضاع حق للأم، وواجب عليها؛

على أن الرضاع إذا كان حقاً للأم، فهو واجبٌ عليها ديانةً في المذهب الحنفي^(٣)، أما إذا تعينت لذلك؛ بأن أَلِفَهَا الصَّبِي، ولم يرض ثدي غيرها، أو لم توجد امرأة غيرها، أو لم يكن للأب أو الولد مال تستأجر به ظئر ترضعه، ولم يوجد من يتبرع بإرضاعه، فيصبح واجباً عليها قضاءً، حفاظاً على حياة الرضيع^(٤).

والواقع أن المذهب الحنفي إذا لم يوجب عليها في هذه الحالات - وقد سبق أن ذكرنا أن الآية الكريمة تدل على أنه حق للأم - فقد اجتمع في الرضاع صفة مزدوجة:

(١) المرجع السابق، وراجع «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٣/١٦٧)، و«تفسير الإمام الطبري»: (٤٦/٥).

(٢) مجلة العلوم القانون والاقتصادية عدد ١، سنة خامسة، ص ٦٥، يناير سنة ١٩٦٣، بحث في التعسف للأستاذ الشيخ عيسوي، وهناك خلاف فيما يتعلق بمال الزوجة، هل تثبت لها حرية التصرف، وسنعرض له في موضعه إن شاء الله.

(٣) «أحكام القرآن» للجصاص: (١/٤٧٩ - ٤٨٠)، وتفسير ذلك:

أن الأم بما فطرت عليه من عاطفة الأمومة والحنان، لا تأبى إرضاع وليدها إلا من شذوذ أو عجز، فلا تجبر على الرضاع دفعاً للإضرار بها، اكتفاءً بداعي الفطرة، والضرر ممنوع بنص الآية. انظر «تفسير البيضاوي» ص ٥١، و«بداية المجتهد»: (٢/٤٧)، و«الخلاف في الفقه الجعفري»: (٢/٢١٠).

(٤) وهو مقصد ضروري من المقاصد الأصلية التي لا خيرة فيها للمكلف، لأنها من حقوق الله تعالى.

هي كونه حقاً وواجباً في آنٍ واحد، وإذا لاحظنا أن المصلحة في الرضاع راجعة إلى الولد لا إلى صاحب الحق وهو الأم، أدركنا أن حق الرضاع من الحقوق الغيرية أو الوظيفية التي يرى بعض فقهاء القانون أنه لا يجري فيها التعسف.

ونحن نرى أن القرآن الكريم قد نص على النهي عن التعسف في هذا الحق صراحة، فنظرية التعسف في الفقه الإسلامي شاملة لهذه الحقوق المزدوجة الصفة^(١) كما ترى!

❖ نهى الأم عن التعسف في استعمال حق الرضاع:

وكذلك تنهى الآية الكريمة الأم عن التعسف في استعمال حق رضاع ابنها إضراراً بأبيه، فليس للأم - إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها - أن تطلب أجراً على الرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجاناً، أو بأقل^(٢) مما تطلب، منعاً للضرر عن الأب؛ لأنها في هذه الحال تقصد المضارة^(٣)؛ فدفعاً لذلك، يعطى الولد لغيرها في هذه الحالات لإرضاعه؛ ولكنه لا ينزع من حضانتها إذا لم تتزوج، وفي هذا الحكم توفيق بين مصلحة الطفل في تغذيته، ومصلحة الأب في عدم إلزامه بأجر معين مع وجود متبرعة، أو من ترضى بالأقل، وليس في ذلك إضرار بالأم؛ لأنه في حضانتها، وفي إمكانها إرضاعه إذا رغبت بدون أجر، أو بالأجر الذي رضي به غيرها حسب الأحوال.

هذا، ويحرم عليها أن تأبى إرضاع ولدها إضراراً بأبيه، لأن قصد الإضرار محرم في ذاته.

يقول الإمام القرطبي في معنى قوله تعالى: ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ يَكْلِيهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]: «لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه، أو تطلب أكثر من أجر مثلها»^(٤).

يقول ابن رجب: «فإن طلبت زيادة على أجر مثلها زيادة كثيرة، ووجد الأب من

(١) راجع بحث الحقوق الغيرية أو الوظيفية.

(٢) «تفسير القرطبي»: (٦٧/٣).

(٣) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٨.

(٤) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (١٦٧/٣).

يرضعه بأجرة المثل، لم يلزم الأب إجابتها إلى ما طلبت؛ لأنها تقصد المضارة، وقد نص عليه الإمام أحمد أيضاً^(١).

والخلاصة: أن الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد، باستعمال ما مُنح من حق وسيلة إلى هذا الإضرار، كما تُوجب حماية الولد أيضاً من الإضرار به، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

الدليل الثاني:

قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

يقول البيضاوي في تفسير هذه الآية: «أي: وإن وقع غريم ذو عسرة، فالحكم نَظِرَةٌ، أو فعليكم نَظِرَةٌ، أو فليكن نَظِرَةٌ، وهي الإنظار، وأن تَصَدَّقُوا - أي بالإبراء - خير لكم، أي: أكثر ثواباً من الإنظار»^(٢).
يستفاد من هذه الآية أمران:

الأول: وجوب إنظار المدين وإمهاله إذا ظهر إعساره.

الثاني: الندب إلى التنازل عن الحق، وإبراء المدين كلاً أو بعضاً، أو التصديق عليه بالدين، تخفيفاً على المعسر من وطأة إعساره، رفقاً به.

هذا، وذهب بعض المفسرين - ومنهم ابن عباس - إلى أن آية التأجيل هذه خاصة بدين الربا؛ لأنها نزلت بعد آيات الربا، والصحيح أن هذا الحكم عام في دين الربا وغيره، أي أن الدائن مدعو إلى الرفق بالمدين مطلقاً، بتأجيل مطالبته بالوفاء حتى الميسرة، وإلى هذا ذهب الإمام الجصاص^(٣)، وإلا لزم تخصيص عموم النص ﴿ذُو عُسْرَةٍ﴾ من غير دليل.

(١) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٨ و ٢٦٩، و«الكشاف»: (١/ ١٤١ و ١٤٢).

(٢) «تفسير البيضاوي»: ص ٦٣ و ٦٤.

(٣) «أحكام القرآن»: (١/ ٤٧٣).

على أنه ورد في الحديث «لِيُؤْتَى الْوَاجِدُ ظُلْمًا، يُحْلَ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ»^(١) وهذا صريح في أن للدائن معاقبة مدينه الظالم له بعدم الوفاء، وهو واجد ما يوفي به، والظالم لا محالة مستحق العقوبة، وهي الحبس، لأنه لم يرد في غيره اتفاقاً.

وجمهور الحنفية يرون أن المدين يُحبس متى ثبت عليه الدين، وامتنع عن الوفاء، نحو شهرين أو ثلاثة، ومن ظهر عسره بالسؤال عن ماله خلي سبيله، وإلا ظل محبوساً أبداً حتى يقضي دينه.

غير أنه إذا كان معروفاً بالعسر لا يحبس بحال من أول الأمر، طبقاً لمنطوق الآية؛ ولأنه ليس ظلماً بعدم الوفاء.

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

وكذلك الحكم إذا حبس المدين، ثم ظهر إعساره، وجب تخليته به؛ لأنه في هذه الحالة ليس ظالماً بعدم الوفاء، فالله لا يكلف نفساً إلا وسعها.

وأيضاً: الوسائل تسقط بسقوط مقاصدها، يقول العز بن عبد السلام: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل»^(٢).

ويفصح صاحب «البدائع» عن روح الشريعة في تعليله لهذه الأحكام المتعلقة بالمدين وحبسه^(٣)، فيقول في شرائط وجوب الحبس، وإن أول شرط هو «القدرة على

(١) ذكره البخاري معلقاً بعد: ٢٤٠٠، وأخرجه أبو داود: ٣٦٢٨، والنسائي: (٣١٦/٧ - ٣١٧)، وابن ماجه: ٢٤٢٧، من حديث الشريد بن أوس الثقفي. اللَّيْ: المظل. يحل عرضه أي شكايته والإغلاظ له في القول، وحبسه. «الكشاف»: (٣/٣٤٩).

(٢) «القواعد»: (١/١٠٩).

(٣) لم يثبت أن النبي ﷺ حبس أحداً في دين قط طوال حياته، وليس في الآية دليل على أن للدائن سلطة على شخص المدين لا بحبس ولا بملازمة، ولم يعهد في عصر الخلفاء الراشدين أن مديناً حبس لأجل الدين، واختلف الأئمة في الدين الذي يُحبس فيه المدين، وليس هنا مقام بسط آرائهم. راجع من مذكرة مبتدأة في الالتزامات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٦، ٢٨.

قضاء الدين، حتى لو كان معسراً لا يحبس؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] ولأن الحبس لدفع الظلم بإيصال حقه - الدائن - إليه، ولا ظلم، لعدم القدرة، ولأنه إذا لم يقدر على قضاء الدين لا يكون الحبس مفيداً؛ لأن الحبس شرع للتوسل إلى قضاء الدين لا لعينه^(١).

وهنا يصل صاحب «البدائع» إلى روح نظرية التعسف، فيطبقها على هذه الجزئية؛ إذ يفرق بين الوسيلة، وهي هنا حق الحبس، وبين الغاية، وهي الوفاء، ويحكم بأن هذه الوسيلة إنما شرعت لغرض لا لذاتها، فإذا تعذر تحقيقه كانت الوسيلة باطلة لا يجوز اتخاذها، لأن اتخاذها حينئذ إما تصرف لمحض قصد الإضرار، أو للعبث، وكلاهما لا يفضي إلى المقصود المشروع، فضلاً عن أن الأحكام لم تشرع لذلك؛ بل شرعت لغاياتها.

ويقول ابن رجب: «ومما يدخل في عمومه - أي عموم قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢).. أن من عليه دين لا يطالب به مع إعساره؛ بل يُنظر إلى حال إيساره. قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وعلى هذا جمهور العلماء خلافاً لشريح في قوله: إن الآية مختصة بديون الربا في الجاهلية، والجمهور أخذوا باللفظ العام، ولا يكلف المدين أن يقضي مما عليه في خروجه من ملكه ضرر، كثيابه ومسكنه المحتاج إليه، وخادمه كذلك، ولا ما يحتاج إلى التجارة به، لنفقته ونفقة عياله. هذا مذهب الإمام أحمد رحمه الله تعالى^(٣).

فالآية الكريمة - على ما رأينا - تكشف عن روح الشريعة فيما يتعلق باقتضاء الحق واستعماله، فتأى به عن التعسف، لأنها أميل إلى التسامح؛ بل التصديق، وهذه الروح لا تتفق والفردية المطلقة في مفهوم الحق.

ولعل أحكام هذه الآية أوضح مثل على أن مبنى ممارسة الحق هو التسامح والإحسان لا التعادل والمغالاة، أو الدقة في الاقتضاء.

(١) «البدائع»: (١٧٣/٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٣) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٧٢.

كما تنطوي أحكامها على إعمال مبدأ التضامن بين أفراد المجتمع الإسلامي، والتساند الذي حث عليه الإسلام ورغب فيه في مواطن شتى من الكتاب والسنة.

ثم إنك لا تكاد تجد فاصلاً بين أحكامها التشريعية والخلقية، فهي إذ تدعو إلى التأجيل إلى وقت الميسرة، تندب وتحث في الوقت نفسه على التسامح والإبراء، وتجعل لهذا الأخير ثواباً أجزل من الإنظار.

على أننا قد بينا أن الحقوق الفردية مَشُوبَةٌ بحق الله تعالى، وهو امتثال أمره تعالى واجتناب نهيه، أي أنها مقيدة بما يقيد بها الشارع، وبعض هذه الحقوق متعينة للفرد، فأباح الشارع للفرد أن يتصرف فيها بالإسقاط، كما في تنازل الدائن عن الدين لمدينه، أي إبرائه منه؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠] وهذا بخلاف ما إذا كان المال في يده، فأراد التصرف فيه وإتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع فلا يجوز، ويحجز عليه فيه^(١)؛ لأنه تعسف^(٢).

لا يقال: إن هذا المال يتصرف فيه ماله بمقتضى حق ملكيته وبرضاه؛ لأننا نقول: إن ذلك يصح أن لو كان هذا الحق خالصاً للفرد؛ ولكننا قررنا أنه ليس كذلك؛ بل لله تعالى أيضاً هذا الحق؛ لأن المال يعتبر من المقومات الأساسية للمجتمع، أي من الضروريات، فلا يجوز التصرف فيه في غير مقصد شرعي، ومنه الإتلاف والتضييع دون غرض؛ فلا يجوز التصرف فيه على وجه يؤدي إلى إسقاط حق الله فيه، كالتضييع والإتلاف، إذ ليس لصاحبه ولا للمجتمع مصلحة في هذا التصرف، وحق ملكية المال لم يشرع لهذا الغرض العاثر، وهذا هو التعسف في استعمال الحق، وقد بين الإمام القرافي في فروقه هذا المعنى بقوله: «حَجَرَ الرب تعالى على العبد في إلقاء ماله في البحر، وتضييعه من غير مصلحة، ولو رضي العبد بذلك لم يعتبر رضاه؛ لأن المال

(١) «الموافقات»: (٢/٣٦٧)، و«الفروق» للقرافي: (١/١٤١).

(٢) ولأن المال من المقاصد الأصلية الضرورية، ليس لصاحبه خيرة فيها، لأنها حق الله تعالى ابتداءً يتصرف فيه على حد ما سنَّ وشرع، ولأن العبد لا يُشرع. انظر «الموافقات» للشاطبي: (٢/١٧٦) وما يليها.

خلق ليكون عوناً للفرد في دنياه وآخرته، وتصرفه على وجه الإتلاف استعمال له في غير ما شرع له»^(١).

وذلك بخلاف التصديق بالدين على المعسر؛ لأنه لمقصد شرعي معتبر ومقصود؛ ولمصلحة اجتماعية ظاهرة.

وعلى هذا لا يكفي في صحة التصرف رضى المتصرف، بل لابد - مع ذلك - من موافقة الشرع، وفي هذا يقول ابن تيمية: «لابد في صحة التصرف من رضى المتصرف وموافقة الشرع»^(٢).

على أن أهم ما يستخلص من الآية الكريمة مما يتصل بنظرية التعسف - وقد صرح به العلماء والمفسرون فيما قدمنا - أن الوسيلة - الحق - تسقط بسقوط مقصدها؛ إذ لم تشرع الوسائل لعينها، كما صرح بذلك الكاساني - سلطان العلماء - وغيره في هذا الصدد؛ لأن استعمال الوسيلة - الحق - مع العلم أو في الغالب من الظن أنها لا تثمر وتفضي إلى المقصود من شرعها، لا يخلو من أحد أمرين:

أولاً: إما لمجرد قصد الإضرار، وهو ممنوع؛ إذ لا ضرر ولا ضرار، ولأنه مناقض لأصل ابتناء الأحكام على المصالح.

ثانياً: وإما لمجرد العبث، والعبث لا يشرع؛ لمنافاته لأصل المصالح.

وكلا هذين الأمرين تعسف في استعمال الحق؛ لأنه انحراف بالحق عن غايته؛ وبذلك تكون الآية من أصول التعسف.

الدليل الثالث:

قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَنْتُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا إِلَهَ هُزُواً وَأَذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَرْزَلْ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يُعْظِمُكُمْ بِهِ وَأَنْقُوا اللَّهَ وَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٣١].

(١) «الفروق» للقرافي: (١/ ١٤١) الفرق الثاني والعشرون.

(٢) «الفتاوى»: (٣/ ٨٠).

وقال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَتُ يَرْبِصُ أَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَوْلَهُنَّ أَتَقِيْنَ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ظاهر في هاتين الآيتين أن الله سبحانه إنما أباح تعاظمي الأسباب - أي ممارسة الحقوق في هذا المقام - لمن يقصد بها الصلاح، دون الإضرار، إذ ينهى الشارع الزوج أن يستعمل حق المراجعة، لا لغرض سوى الإضرار بزوجه المطلقة ﴿وَلَا تُسِيكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّعَعْدُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١].

فالفعل المشروع لا تحل مباشرته إذا قُصِدَ به قصدٌ فاسدٌ.

فإذا كانت المراجعة حقاً وضعه الله سبحانه في يد الزوج - بمقتضى عقد الزواج - ليعيد زوجته إلى عصمة نكاحه بعد الطلاق الرجعي، بقصد أن يستأنفا حياة زوجية كريمة، يقيمان فيها حدود الله، فاتخاذ هذا الحق وسيلة لإلحاق الضرر بالزوجة، بتطويل العدة عليها، أو بإلجائها إلى الافتداء تخلصاً من هذا الإضرار أمر لا يبيحه الشرع؛ لأنه تعسف أو استعمال للحق في غير ما شرع له^(١).

يوضح ذلك ما جاء في تفسير القرطبي: «ثبت أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدد، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة، وكان هذا في أول الإسلام برهة، يطلق الرجل امرأته على ما شاء من الطلاق، فإذا كانت تحل من طلاقها راجعها ما شاء، فقال رجل لامرأته على عهد النبي ﷺ: لا آويك ولا أدعك تحلين، قالت: وكيف؟ قال: أطلقك، فإذا دنا مضي عدتك، راجعتك».

ويفسر الطبري قوله تعالى: ﴿وَلَا تُسِيكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّعَعْدُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١] بما يكشف عن تلك الأوضاع التي كانت سائدة في بدء الإسلام، من قصد الإضرار بالزوجة تحت ستار حق المراجعة هذا؛ إذ يقول: «ولا تراجعوهن.. إلخ - إن راجعتموهن في عُدِهِنَّ - مضارةً لهن، لتطولوا عليهن مدة انقضاء عُدِهِنَّ، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتوهن

(١) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٦٨، والبيدوي: (١/ ٨٩).

بطلبهنّ الخلع منكم، لمضارتكم إياهن، بإمساكنكم إياهن ومراجعتكم إياهن ضراراً واعتداءً»^(١).

ويقول ابن عباس: «كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها ثم يطلقها، فيفعل ذلك يضارها ويعضلها، فأنزل الله تعالى هذه الآية»^(٢).

وعن مسروق: «وَلَا تُشْكُوهُنَّ ضَرَارًا» [البقرة: ٢٣١] قال: يطلقها حتى إذا كادت تنقضي عدتها، راجعها، ثم يطلقها فيدعها، حتى إذا كادت تنقضي عدتها راجعها، ولا يريد إمساكها، فذلك الذي يضار ويتخذ آيات الله هزواً^(٣).

ولا خلاف بين الفقهاء في أن من كان مقصده بالمراجعة المضارة فإنه آثم بذلك.

❖ آراء الفقهاء في حكم الرجعة:

وحكى ابن رجب اختلاف الفقهاء في الرجعة بقصد المضارة.

فالإمام مالك يرى أن من راجع امرأته قبل انقضاء عدتها، ثم طلقها من غير مسيس، أنه إن قصد ذلك مضارتها بتطويل العدة عليها، لم تستأنف العدة، وبنت على ما مضى منها؛ معاملة له بنقيض قصده، ومنعه من التعسف المحرم، أي ردًا لقصده السيئ، وإن لم يقصد بذلك استأنفت عدة جديدة.

وذهب عطاء وقتادة والشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أنها تبني مطلقاً.

وقيل: تستأنف مطلقاً، وهو قول الكثيرين منهم: الزهري والثوري وأبو حنيفة والشافعي في الجديد وأحمد في رواية^(٤).

ويقول ابن تيمية في تفسير قوله تعالى: «وَيَعُولُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا» [البقرة: ٢٢٨]: «إن هذا نص في أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الإصلاح دون الضرر»^(٥).

(١) «تفسير الطبري»: (٥/٧٨).

(٢) المرجع السابق ص ٩، و«الكشاف» للزمخشري: (١/١٤٠).

(٣) «تفسير الطبري»: (٥/٧ - ٨).

(٤) «تفسير الطبري»: (٥/٨).

(٥) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٨.

على أن الرجعة عند بعض العلماء صحيحة وإن كانت مع الإثم. وقال بعض العلماء: لو راجع بقصد المضارة، وعلم الحاكم بذلك المقصد، طلق عليه^(١).

نخلص من هذا إلى أن حق الرجعة وضعه الشارع في يد الزوج؛ ليمكن به من استئناف الحياة الزوجية مع زوجته المطلقة رجعيًّا؛ ليتفادى بذلك ما عسى أن يكون قد وقع فيه من تسرع في تطليقها، فيُصلح بذلك خطأه، ويستأنف حياة جديدة، فإذا اتخذ هذا الحق ذريعة للإضرار بالزوجة، بأن لم يكن له من قصد بالمراجعة سوى مضارة زوجته؛ فقد استعمل هذا الحق في غير ما شرع له، وعرض نفسه للإثم والعذاب الأخروي، بما اقترف من ظلم، والله لا يحب الظالمين.

هذا، والرجعة لا تثبت على رأي بعض العلماء - كابن تيمية - وللزوجة أن ترفع أمرها إلى الحاكم؛ ليفرق بينها وبين زوجها المُضَارُّ كما نقلنا ذلك عن القرطبي، كما أنها لا تستأنف عدة جديدة إذا طلقها أثناء العدة؛ بل تبني على ما مضى إذا ثبت أنه قصد المضارة، معاملةً له بنقيض قصده، وهو رأي الإمام مالك^(٢).

والمعاملة بنقيض القصد هنا هو ردُّ لتعسفه في استعمال حق المراجعة، وجزاء وفاق، فثبت أن هذه الآية الكريمة أصل في التعسف، ووجه التعسف ظاهر؛ لأنه استعمل الحق لمحض قصد الإضرار، وهو ما اعتبره العلماء ولا سيما ابن رجب تطبيقاً لقوله ﷺ: «ولا ضرر ولا ضرار»^(٣).

الدليل الرابع:

قال تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصْيَةِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ [النساء: ١٢].

تدل هذه الآية على أن الوصية في ذاتها مشروعة؛ ولكنها ليست مطلقة، أو

(١) «الفتاوى»: (٤٠/٣). وراجع بحث التعسف للأستاذ الشيخ عيسوي ص ٦٥ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ص ٦٥، عدد ١، السنة الخامسة، يناير ٦٣.

(٢) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٨.

(٣) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٨.

خاضعة لتقدير الموصي، يتصرف فيها كيف يشاء، ولا مسؤولية عليه في استعمال هذا الحق، حتى ولو كان هذا الاستعمال متمحّضاً للإضرار بالورثة؛ إذ الآية صريحة في النهي عن المضاربة في الوصية.

وعلى هذا، فالوصية - في الفقه الإسلامي - مقيدة بعدم الإضرار بالورثة، ولو كانت في حدود الثلث، أو بما دونه؛ لإطلاق النهي في الآية.

وللمضاربة وجوه ذكرها الفقهاء، منها:

أولاً: الوصية لأجنبي بالزيادة على الثلث، وفي هذا خروج عن حدود الحق، وبالتالي لا تدخل هذه الصورة في نطاق نظرية التعسف أصلاً؛ لانتفاء الحق، إلا إذا رضي الورثة بما زاد؛ لأن المنع لحقهم، وحينئذ لا تعسف ولا مجاوزة.

ثانياً: الوصية لوارث، إيثاراً له على باقي الورثة، أو إضراراً بهم، وهي باطلة بالإجماع^(١).

يقول ابن رجب في كتابه «جامع العلوم والحكم»: «والإضرار في الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله له، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه، ولهذا قال النبي ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا وصية لوارث»^(٢).

وهذه الصورة باطلة في ذاتها، وبالتالي لا تدخل في نطاق نظرية التعسف أيضاً؛ لأن النظرية - كما هو معلوم - تعتمد وجود حق ابتداءً حتى يوصف استعماله بالتعسف، وفي الوصية الباطلة، الحق منتفٍ أصلاً.

(١) ويرى فريق من الزيدية والشيعة الجعفرية أن الوصية للوارث وللأجنبي في الحكم سواء، فتصح الوصية للوارث كما تصح للأجنبي، وإن لم يجزها الورثة، إن كانت في حدود الثلث، وهذا ما أخذ به قانون الوصية في جمهورية مصر العربية كما نطقت بذلك المادة / ٣٧.

وإنما قلت باطلة بالإجماع؛ لأنه هو الذي نقل إلينا من لدن رسول الله ﷺ، وهو الذي استقر عليه فقه أهل السنة، ورأي المجيزين خلاف لا اختلاف، لضعف السند الذي عولوا عليه. راجع «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٦٧، و«الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٨٠ / ٥)، وكتب الفقه باب الوصية.

(٢) أخرجه أبو داود: ٢٨٧٠، والترمذي: ٢١٢٠، وابن ماجه: ٢٧١٣، أحمد: ٢٢٢٩٤، من حديث أبي أمامة، وإسناده حسن.

ثالثاً: الوصية بالثلث أو بما دونه ولأجنبي؛ قصداً إلى الإضرار بالورثة، وهذه الصورة تدخل في مجال النظرية؛ لأن الشارع أباح هذه الوصية؛ فهي مشروعة في ذاتها؛ فإذا قصد الموصي بهذه الوصية - ولو في حدودها المشروعة - مضارة الورثة، غدت غير مشروعة عند فريق من الفقهاء لا لذاتها، بل بقصد الإضرار في استعمالها، وهو قياس مذهب الإمام أحمد^(١)، ورواية عن الإمام مالك^(٢).
أما أن الموصي آثم بهذا القصد فمتفق عليه.

وذكر ابن رجب أن إعمال الباعث في وصية الضرار، هو قياس مذهب أحمد، فضلاً عما روي عنه من القول بردها^(٣)، وعما روي عن الإمام مالك بذلك أيضاً^(٤).

فإذا أضفنا إلى ذلك اجتهاد المتأخرين من فقهاء الحنابلة، كابن تيمية، وابن قيم الجوزية، واجتهاد العلامة الشاطبي المالكي في كتابه «الموافقات في أصول الشريعة»، من أن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات على سواء، اتضح لنا اتجاه أئمة هذين المذهبين في إعمال الباعث في التصرفات، دون اشتراط ورود ما يفصح عن القصد في التصرفات صراحة، بل تكفي القرائن في الدلالة على الباعث غير المشروع. هذا ويتخذ ابن تيمية من هذه الآية دليلاً على الاعتداد بالباعث النفسي في التصرفات والمعاملات.

يقول ابن تيمية: «إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فيجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً»^(٥) ثم يأتي بالأدلة على ذلك، ومنها آية النهي عن المضارة في الوصية التي نحن بصدد البحث فيها، فيقول:

(١) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٦٧ و ٢٦٨.

(٢) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٥/ ٨٠ - ٨١) ص ٤٨ وما بعدها.

(٣) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧، و«الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي سورة النساء، و«الموافقات» للشاطبي: (٢/ ٣٢٣)، و«إعلام الموقعين» لابن القيم الجوزية: (٣/ ٨٤)، و«الفتاوى» لابن تيمية: (٣/ ٣٩).

(٤) سيأتي تفصيل القول في نظرية الباعث في الفقه الإسلامي، وآراء الأصوليين والفقهاء في إعماله في التصرفات.

(٥) «الفتاوى»: (٣/ ٣٦).

«ودلائل هذه القاعدة كثيرة جداً، منها:

١ - قوله سبحانه: ﴿وَيَقُولُ الَّذِينَ أَحَقُّ بِرِزْقِنَا فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

٢ - وقوله سبحانه: ﴿وَلَا تُنْكِهِنَّ ضَرَارًا لِّعَنَدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، فإن ذلك نص في

أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الصلاح دون الضرر، لأن الأول على النقيض من الثاني، فيختلف الحكم، لاختلاف الباعث.

٣ - ومنها قوله سبحانه: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢].

فإن الله سبحانه قدّم على الميراث وصية من لم يضار الورثة بها، فإذا أوصى ضراراً كان ذلك حراماً، وكان للورثة إبطاله، وحرم على الموصي له أخذه بدون رضاهم^(١).

ويقول ابن قيم الجوزية في «إعلامه»: «قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً، وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية.. ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر؛ فمنها قوله تعالى:

﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢] فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد الموصي الضرر، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها^(٢).

على أن الإضرار بالوصية من الكبائر^(٣)، فتنفيذ هذه الوصية يعتبر إعانة على الإثم، والتعاون على الإثم منهى عنه بالنص؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

ويقول ابن عباس: الإضرار بالوصية من الكبائر^(٤).

(١) المرجع السابق: (٤٠/٣).

(٢) «إعلام الموقعين»: (٨٤/٣).

(٣) «أحكام القرآن» للجصاص: (٢٠٠/١)، و«الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٢٥٢/٢).

(٤) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٦٧ و ٢٦٨.

وجاء في سنن أبي داود^(١) أن رسول الله ﷺ قال: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيُضَارَّان في الوصية، فتجِبُ لهما النار»، قال الراوي: وقرأ عليّ أبو هريرة من هذا ﴿وَمِن بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضْكَرٍ﴾ [النساء: ١٢] حتى بلغ ﴿ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ [النساء: ١٢ - ١٣].

أما ما روي عن الإمام أحمد من القول برد هذه الصورة من الوصية، فينقله ابن رجب، ثم يقرر أنه قياس مذهب أحمد إذ يقول: «وأما إن قصد المضاربة بالوصية لأجنبي بالثلث، فإنه يَأْتُم بقصد المضاربة، وهل ترد وصيته إذا ثبت ذلك بإقراره أم لا؟».

«حكى ابن عطية رواية عن مالك أنها ترد، وقيل: إنه قياس مذهب أحمد»^(٢).

نعم، الإقرار أقوى الأدلة على قيام الباعث، ولكن ليس معنى هذا أن مذهب الإمام أحمد لا يعتمد إلا الإقرار في الكشف عن الباعث والاعتداد به، فالحنابلة يذهبون إلى إبطال كل عقد يتبين أن الباعث عليه أمر محظور محرم، سواء تضمنت صيغته ما يدل عليه، أم لم تتضمنه، وكان أمراً باطناً معنوياً، وأثبتته القرائن وإن جاز أن يتبدل؛ ذلك لأنه قد اتخذ وسيلة إلى أمر غير مشروع، ولم يجعله الشارع وسيلة إلى محظور، فهو استعمال للحق في غير ما شرع له، وفي تصحيحه إعانة على المعصية، والإعانة عليها بأي طريق أمرٌ محظور، ولا يحتاج بسلامة العبارة ظاهراً، وخلوها مما يدل على المعصية، فإن الوصول إليها بطريق الغش والخديعة، وعلى وجه الخفاء، قد يكون أشد نكراً، وأعظم إثماً من الوصول إليها بطريق ظاهر علني، لأن الأمر المعلن قد يمكن تداركه وتلافيه والحذر منه، بخلاف الأمر الخفي^(٣).

وهكذا نرى أن الحنابلة يبطلون كل عقد أو تصرف كان الباعث عليه أمراً محظوراً، وإن لم يصرح بالغرض منه، كوصية الضرار، وبيع العينة، وما يماثلهما^(٤).

(١) ٢٨٦٧، وأخرجه الترمذي: ٢١١٧.

(٢) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب: ص ٢٦٧، و«إغاثة اللهفان» لابن قيم الجوزية ص ٣٧٧ و ٣٧٨.

(٣) «إعلام الموقعين»: (١٧٢/٣) وما بعدها.

(٤) المرجع السابق.

وإذا دلت على ذلك القرائن، غير أنهم يشترطون علم الطرف الآخر بالبائع غير المشروع الذي لم يذكر في العقد.

وأما في المذهب المالكي، فيذكر القرطبي في تفسيره: «أن مشهور مذهب مالك، وابن القاسم، أن الموصي لا يعد فعله مضارة في ثلثه؛ لأن ذلك حقه، فله التصرف فيه كيف شاء، وفي المذهب قول إن ذلك مضارة فترد»^(١).

على أن ابن القاسم نفسه يرى أن الوصية للوارث - إن قصد به إضرار الورثة - تُردّ ولو أجازوا، فإذا قال الموصي: «إن لم يجز الورثة فذلك للمساكين، فإن وصيته تبطل وترجع ميراثاً؛ لأنه لما أوصى لبعض ورثته، ثم جعلها للمساكين إن لم يجيزوا، دل ذلك على قصد الضرر بالورثة، وما قصد به الضرر لا يمضي؛ لقوله تعالى في حق الموصي: ﴿عَبْرَ مُضَاكَرٍ﴾ [النساء: ١٢] ولخبر «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، فكان ردّ وصية الضرار مما يقتضيه النظام الشرعي العام الذي لا تجوز مخالفته أو الخروج عليه.

فابن القاسم يجعل المدار في الإبطال في هذه الصورة على قصد الإضرار، ولم يجعله متوقفاً على عدم إجازة الورثة، مع أن الإبطال لحقهم، لا لحق الله تعالى، فأبطل الوصية رأساً بالبائع غير المشروع.

ومقتضى هذا النظر إبطال الوصية بالثلث، أو بما دونه لأجنبي، إذا كان هذا القصد متوفراً؛ لتحقيق المناط، وقواعد مذهبه - كما رأينا - تقتضيه، وإطلاق النهي في الآية يؤيده. وجملة القول: أنا رأينا فريقاً من الفقهاء لا يبطلون الوصية إذا كانت بالثلث، أو بما دونه لأجنبي^(٣)، سواء قصد الموصي الإضرار بالورثة أم لم يقصد، وسواء أكانت بقليل المال أم بكثيره، وهذا غير صحيح، لأنه مناقض للآية الكريمة في الوصية.

وفريق آخر خالف في ذلك، وجعل هذه الوصية من وصية الضرار التي يشملها

(١) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي ص ٨٠ - ٨١.

(٢) «أحكام الوصية» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١١٥. والحديث أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد:

٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٣) «أحكام القرآن» للجصاص: (٢٠٠/١) وما بعدها.

نص الآية الكريمة، ولو كانت بالثلث أو بما دونهُ لأجنبي، وجعل المدار في ذلك على قصد المورث الإضرار؛ لإطلاق النهي في الآية، وهو الحق.

على أن بعض المفسرين جعل هذه الوصية - أي بما دون الثلث لأجنبي - داخلة في النهي عن المضاربة في الوصية الواردة في الآية الكريمة، يقول الزمخشري في تفسير قوله تعالى: ﴿عَيَّرَ مُضَكَّرٌ﴾ [النساء: ١٢]: «أي يوصي بها وهو غير مضار لورثته، وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث، أو يوصي بالثلث فما دونه ونيته مضاربة ورثته، ومغاضبتهم، ولا لوجه الله تعالى»^(١).

وهذا صريح في أنه استعمل الحق في غير ما شرع له، وهذا هو عين التعسف. هذا، ومن الفقهاء من ذهب إلى أنه لا يشترط فيها قصد الضرر؛ بل كل ما يترتب عليه الضرر بالورثة يُعد وصيةً ضاراً، ولو لم يقصد الموصي ذلك، وعلى هذا فكل وصية ثبت أنها تلحق الضرر بالورثة تكون باطلة، عملاً بهذه الآية.

وعندي، أن هذا الرأي يحجر على الموصي في تصرفه بماله وصيةً، وبدافع مشروع؛ ليتدارك ما فاته، وله فيها مصلحة، ذلك؛ لأن هذا الفريق وإن نظر إلى واقعة الضرر دون الباعث، والضرر تجب إزالته في أي صورة من صورته؛ لكنه لم يحدد هذا الضرر، فالأخذ بهذا الرأي على إطلاقه يفضي إلى إبطال أصل الوصية، ولو كانت في نصابها المحدد شرعاً، وبباعث مشروع؛ إذ ما من وصية إلا ويترتب عليها ضرر بالورثة؛ لأنها تعود حتماً بالنقص على مقدار ما يستحقون بالإرث، وهذا نقض لمشروعية الوصية من أساسها.

(١) «الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، وعيون الأقاويل في وجوه التأويل» ط أولى ١٣٥٤: (١/ ٢٥٥). راجع خلاف هذا الرأي «أحكام القرآن» للجصاص: (١/ ٢٠٠) وما بعدها إذ يعتبر أن وصية الضرار هي الوصية بأكثر من الثلث ولو لأجنبي، ثم يقول: غير أن ذلك إذا كان ضارراً كان الواجب أن يكون باطلاً لا موقوفاً على إجازة الورثة، لإطلاق النهي في الآية، وهو مذهب ابن القاسم كما رأينا، أي اعتبر مخالفتها للنظام الشرعي العام.

مقارنة حق الإيضاء في الفقه الإسلامي والفرنسي من حيث مدى خضوعهما لنظرية التعسف

إن حق الإيضاء هذا قد استقر الرأي في الفقه الفرنسي - إلى يومنا هذا - على اعتباره حقاً مطلقاً تقديرياً، أي خاضعاً لمحض تقدير الموصي، يتصرف فيه كيف يشاء، ولا مسؤولية عليه في استعماله، ولو تمحض للإضرار بالورثة، ويبرر ذلك عادة بأن حق الإيضاء هو التعبير أو المظهر الأسمى للشخصية الإنسانية، مما يجعله حقاً مقدساً، خاصة وأن رقابة القضاء لا يتصور فرضها في شأن تصرف الإرادة الأخيرة للشخص قبل وفاته؛ لأن صاحب هذه الإرادة لم يعد موجوداً للدفاع عن تصرفه، فيجب إذن أن توفر قداسة معينة لإرادة من ماتوا، ترفعها عن مجال الجدل والرقابة^(١).

والواقع أن الفقه الإسلامي لا يخلع مثل هذه القداسة على إرادة الموتي، فالإرادة - إذا انحرفت - تناقش، سواء أكانت للموتى أم للأحياء، وليس من مقتضى المنطق أو العدالة أن يعتبر الموت - في ذاته - مُغتَصِماً تلوذ به المضارة؛ لتنجو من رقابة القضاء، فالضرر يُزال، ولا تجوز مضارة في حياة أو موت.

يقول قتادة في تفسير قوله تعالى: ﴿غَيْرُ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢]: «إن الله كره الضرر في الحياة وعند الموت، ونهى عنه.. فلا تصلح مضارة في حياة أو موت»^(٢)، وهذا هو الراجح.

على أننا قد رأينا أن نص الآية الكريمة في النهي عن المضارة في حق الإيضاء عتيد، وتضافر على تقييد الوصية بمنع الضرر عن الورثة «السنة» فيما رواه أبو داود^(٣)،

(١) «أصول القانون» للدكتور حسن كيرة ص ١١٤٨ .

(٢) «تفسير الطبري»: (٨/ ٦٤ و ٦٥).

(٣) في «سننه»: ٢٨٦٧ . وقد تقدم ص ١٠٦.

واعتبر الصحابي الجليل عبد الله بن عباس رضي الله عنه الإضرار في الوصية من الكبائر، كما رأينا فريقاً من الفقهاء المحققين يوجبون البحث عن العوامل النفسية التي دفعت بالموصي إلى الإيذاء، حتى إذا ثبت - صراحة بالإقرار، أو ضمناً، أو بطريق القرائن وملايسات الأحوال - أن الباعث عليه كان محض الإضرار بالورثة، منعوا تنفيذ هذه الوصية قضاءً، لما في تنفيذها من التعاون على الإثم والمعصية، وهذا الاتجاه - فيما نرى - هو الذي يتفق ومقصد الشارع في منحه هذا الحق، ويدراً التعسف في استعماله بسد الذريعة إلى الإثم، والافتئات على حق الورثة، وهذا ما يقتضيه العدل في التشريع فضلاً عن أنه هو الذي ارتضاه الفقهاء المعاصرون أيضاً، وأخذ به المشرع أخيراً في قانون الوصية في جمهورية مصر العربية^(١).

❖ آراء الفقهاء المعاصرين في وصية الضرار:

يقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله في كتابه «شرح قانون الوصية»، بصدد وصية الضرار - وهي شاملة للوصية التي قصد بها الإضرار بالورثة - ما يلي:

«الوصية في ذاتها ليست معصية؛ بل هي تملك مباح؛ ولكن الباعث عليه أمر محرم؛ فإن هذه الوصية ينظر إليها حينئذٍ نظران:

أحدهما: نظر إلى كونه تملكاً مباحاً لمن هو أهل للتمليك.

والثاني: نظرٌ إلى الباعث، فإن الباعث عصيان، وما شرعت الوصايا لذلك، ولهذا أبطل القانون الوصايا التي يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع، أو بعبارة أوضح: يكون الباعث عليها معصية، أو يؤدي قطعاً إلى أمور لا يحلها الشارع»^(٢).

ويقول المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم:

(١) «شرح قانون الوصية» للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٤٨ - ٥٠.

(٢) المادة/٣ من قانون الوصية، رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ «يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع».

«ومن ذلك - المضارة في الوصية - أن يخرج من ماله بالوصية يقصد الإضرار بورثته لأمر ما، فمن أوصى بماله كله أو ببعضه - ولو دون الثلث - مريداً بذلك حرمان الورثة من ميراثهم كله أو بعضه، فوصيته باطلة، ولو كانت في الظاهر مصروفة في القرب، وعجيب جداً أن يتقرب الإنسان إلى مَوْلَاهُ بإضرار القريب المأمور بصلته والبر به.

وظاهر الأدلة من الكتاب والسنة أنه لا ينفذ من وصية الضرار شيء، سواء كانت بالثلث، أو بما فوقه، أو بما دونه؛ بل هي ردٌ على فاعلها، وعلى هذا تكون أحاديث الإذن بالوصية في حدود الثلث مقيدة بعدم الإضرار^(١).

وفي الواقع، أننا ما دمنا قد سلمنا أن أساس نظرية التعسف هو مقتضيات العدالة وقواعد الأخلاق، وجب إذن بسط رواقها على جميع الحقوق، أيّاً كان نوعها^(٢)، وأضحى مما ينافي هذا الأصل التمييز التحكيمي بين ما هو حق تقديري مطلق خاضع لمشيئة صاحبه في استعماله دون قيد أو رقابة، وبين ما هو حق مقيد يخضع - إن في بواعث استعماله أو نتائجه - لأحكام نظرية التعسف.

والخلاصة، أن هذه الآية - بما هي شاملة للوصية بالثلث أو بما دونهُ لأجنبي، أو لوجوه البرّ والقرب - تدل على بطلانها على ما هو الأرجح من رأي المحققين من الفقهاء والمفسرين، إذا قصد بها محض الإضرار بالورثة، أو كان قصد الإضرار هو الباعث الرئيس على الإيضاء، لموافقة هذا الحكم لمقصد الشارع، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلاً من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

(١) كتاب «الوصية وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية» للشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٦ - ٢٧.

(٢) وهذا ما اتجه إليه المشرع في التقنين المدني الجديد، إذ جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بأن هذا المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية؛ لأن في هذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون. فهي تنطبق على روابط الأحوال الشخصية، كما تنطبق على الروابط المالية، وتسري في شأن الحقوق العينية سريانها في الحقوق الشخصية، ولا تقف عند حدود القانون الخاص؛ بل تجاوزه إلى القانون العام. «مجموعة الأعمال التحضيرية»: (١/٢٠٧).

المبحث الثاني

أدلة النظرية من السنة

الدليل الأول:

قول النبي ﷺ فيما رواه أبو سعيد الخدري: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).
وجاء في بعض روايات هذا الحديث «من ضارَّ أضرَّ الله به، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه»^(٢).

وهذا الحديث وإن كان ظنياً باعتبار سنده، إلا أن مضمونه يرقى إلى مرتبة القطعي، باستقراء الأحكام الواردة في القرآن والسنة المشهورة، كالنهي عن مضارة كلٍّ من الوالدين الآخر في أولادهما ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَلَا مَوْلُودٌ لَهُمَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]، والنهي عن وصية الضرار، ولو كانت في حدود الثلث أو بما دونه ولأجنبي، أو في وجوه البرِّ والقرب؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢]، والنهي عن رجعة الضرار ﴿وَلَا تُضَارُّوا ضَرَارًا لِّعَمَلِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣١]، والنهي عن الاحتكار؛ لقوله ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(٣)، والنهي عن

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن، انظر سند هذا الحديث في كتاب «جامع العلوم والحكم» لابن رجب الحنبلي ص ٢٦٥.

وانظر تخريج هذا الحديث بطرقه المتعددة كتاب «نيل الأوطار» للعلامة الشوكاني: (٥/ ٢٦١)، وما بعدها. هذا ولا عبرة بإنكار ابن حزم لصحة رواية هذا الحديث؛ لأنه جاء مسنداً من طرق موثوق برجالها، فضلاً عما اعتضد به معناه من كليات الشريعة وجزيئاتها، كما يقول الشوكاني في «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٦١) وما بعدها، وراجع «المحلى» لابن حزم: (٨/ ٢٤١ و ٤٢٢).

(٢) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٥، والترمذي: ١٩٤٠، وابن ماجه: ٢٣٤٢، وأحمد: ١٥٧٥٥، من حديث أبي صرمة، وهو حديث حسن بشواهد، وانظر «نيل الأوطار»: (٥/ ٢٦١).

(٣) أخرجه مسلم: ٤١٢٣، وأحمد: ١٥٧٥٨، من حديث معمر بن عبد الله بن نضلة، وروي بلفظ: «من احتكر طعاماً فهو خاطئ». انظر «الترغيب والترهيب» للمنزري: (٢/ ٥٨٢)، و«سنن ابن ماجه»: (٣/ ٧)، =

بيع حاضر لباد، «لا يَبِعُ حاضر لباد»^(١)، والنهي عن استعمال حق الملكية بقصد الإضرار بالغير، كما في حديث سمرة بن جندب في إلحاق الضرر بالأنصاري صاحب البستان، وهو قول الرسول ﷺ معللاً الحكم على سمرة بقلع نخلته من البستان: «إنما أنت مضار»^(٢) لإصراره على المضارة، وثبت حق الشفعة^(٣) للشريك في العقار أو للجار؛ دفعاً لضرر الشريك الطارئ، إلى غير ذلك من الأحكام التي تدور كلها على نفي مشروعية إيقاع الضرر، أو وقوعه بجميع صوره وأسبابه، إلا ما استثنى بدليل. ويقول الإمام الشوكاني: «فإنه - أي حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤) - قاعدة من قواعد الدين، تشهد له كليات وجزئيات»^(٥).

المعنى المراد من اللفظين: «لا ضرر ولا ضرار».

❖ آراء اللغويين وشراح الحديث:

اختلف اللغويين وشراح الحديث في المعنى المراد من هذين اللفظين؛ فصاحب «لسان العرب»، يفاير في المعنى بينهما؛ إذ يقول: «الضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين»^(٦).

= و«نيل الأوطار»: (٨٥/٥). وراجع في «الاحتكار» مقدمات ابن رشد: (٢٩٠/٣)، و«المغني» لابن قدامة: (٢٢٠/٤)، و«الطرق الحكمية» ص ٢٨٦ و٢٨٨، ص ٣٠٩ و«رد المحتار»: (٢٧٨/٥)، و«تبيين الحقائق» للزيلعي: (٧/٦)، و«إحياء علوم الدين» للغزالي: (٧٤/٢)، و«رحمة الأمة» ص ١٤٤، و«الجامع الصغير» على هامش «الخراج» لأبي يوسف ص ١٠٥، و«الاختيار»: (٢٦٦/٤)، و«المحلى» لابن حزم: (٦٤/٧) المسألة ١٥٦٧، و«مصادر الحق» للدكتور السهوري: (٨٢/٢).

- (١) أخرجه البخاري: ٢١٥٨، ومسلم: ٣٨٢٥، وأحمد: ٣٤٨٢، من حديث ابن عباس.
- (٢) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦، من حديث سمرة بن جندب، وانظر: «الأحكام السلطانية» لأبي يعلى الحنبلي ص ٢٨٥، و«جامع العلوم والحكم» لابن رجب ٢٦٨، وما بعدها.
- (٣) «الأشياء والنظائر» للسيوطي ص ٧٥ و٧٦، و«الأشياء والنظائر» لابن نجيم، تعليق الحموي ص ١١٨.
- (٤) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.
- (٥) «نيل الأوطار»: (٢٦١/٥).

(٦) جاء في «لسان العرب» ما نصه: «روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» [أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله، بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه، ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام»] ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر؛ فمعنى قوله: «لا ضرر» أي: لا يضر الرجل أخاه، وهو ضد النفع. وقوله: =

وذهب إلى المغايرة أيضاً ابن الأثير، صاحب كتاب «النهاية في غريب الحديث والأثر»^(١)، فيفسر قوله ﷺ: «لا ضرر» أي لا يضر الرجل أخاه. «ولا ضرار». أي لا يجازي على الضرر بالضرر.

❖ آراء الأصوليين والفقهاء في المعنى المراد من اللفظين: «لا ضرر ولا ضرار».

ويحكي العلامة الشوكاني الخلاف في الفرق بين اللفظين في المعنى، ويذكر أقوالاً في ذلك منها:

١ - أن الضرار أن تضره بغير أن تنتفع، والضرر أن تضره وتنتفع أنت به.

٢ - أن الضرار الجزاء على الضرر، والضرر الابتداء^(٢).

وذهب بعض الفقهاء وأصوليو الجعفرية إلى احتمال أن يكون التكرار للتأكيد؛ بل هو الأرجح عند هؤلاء الأخيرين^(٣).

= «ولا ضرار» أي: لا يضر كل واحد منهما صاحبه، فالضرار منهما معاً، والضرر فعل واحد. راجع «لسان العرب»: (١٥٤/٦).

(١) يقول ابن الأثير: فمعنى قوله: «لا ضرر» أي: لا يضر الرجل أخاه، فينقصه شيئاً من حقه، «والضرار» فعال، من الضرر، أي لا يجازيه على إضراره، بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الاثنين، وقيل: الضرر ابتداء والفعل، والضرار والجزاء عليه، وقيل: «الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به. وقيل: هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد». «النهاية»: (١٦/٣).

(٢) «نيل الأوطار»: (٢٦٠/٥).

(٣) يذهب أصوليو الجعفرية إلى أن الأرجح هو أن اللفظين بمعنى، وتكرارهما للتأكيد؛ فقد جاء في كتاب «كفاية الأصول»: (٢٦٦/٢) ما يلي:

«الظاهر أن الضرر هو ما يقابل النفع من النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال، كما أن الأظهر أن يكون الضرار بمعنى الضرر، جيء به تأكيداً، كما يشهد به إطلاق «المضار» على سمة بن جندب» واختار هذا الاحتمال ورجحه ابن حبيب من المالكية. «المنتقى شرح الموطأ»: (٤٠/٦).

وعمدته من قال بالتأكيد: أن لفظ الضرار ورد في الكتاب والسنة بمعنى الضرر:

وأما في الكتاب فكقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّوهُ وَلِلَّهِ يَوْمَئِذٍ نَصِيبٌ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وكقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [التوبة: ١٠٧] وكقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيِّ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَكَرٍ﴾ [النساء: ١٢].

وفي السنة ما ورد من حديث سمة من قول الرسول له حين أصر على إيذاء الأنصاري والإضرار به، بدخوله

بستانه دون استئذان: «إنما أنت مضار» [أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦]، وكقوله عليه السلام فيما رواه أبو داود =

وفي فقه المالكية^(١): يذكر صاحب «المنتقى على موطأ مالك» المعاني المحتملة لهذين اللفظين، ومن ذلك:

أنَّهُ يحتمل أن يريد بالحديث: «لا ضرر على أحد بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له إضراره بغيره».

غير أن بعض فقهاء المالكية يخص الحديث بنفي الضرر عن الجار خاصة، والنهي عن الإضرار به، سواء كان مقصوداً أم غير مقصود، فقد ذكر صاحب «المنتقى» رأي الخشني في ذلك؛ إذ يقول:

«وقال الخشني: الضرر: هو ما لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة.

والضرار: ما ليس لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة».

وتعقب هذا بأنه تخصيص للحديث بلا دليل؛ إذ الحديث عام^(٢)، وبعمومه يشمل كل صور الضرر إلا ما استثنى بدليل، وهذا ما يؤكد العلامة الشوكاني بقوله: «لا ضرر ولا ضرار» هذا فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يُخصّص به هذا العموم، فعليك بمطالبة من جوّز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء به قبلته، وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه؛ فإنه قاعدة من قواعد الدين، وتشهد له كليات وجزئيات^(٣).

وعلى هذا، فليس الحديث خاصاً بنفي الضرر، أو تحريم إيقاعه على الجار خاصة، لما هو ظاهر فيه من العموم.

هذا، والمشهور - كما يقول ابن رجب - إن بين اللفظين فرقاً^(٤)، ويورد رأياً يحمل الحديث على معنى أن الضرر نفسه منتف في الشر، وإدخال الضرر بغير حق كذلك.

= في «سننه»: ٢٨٦٧، والترمذي: ٢١١٧: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيُضَارَّان في الوصية» «النهاية»: (١٦/٣).

(١) راجع المعاني المحتملة لحديث «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن] التي أوردها فقهاء المالكية في «تبصرة الحكام»: (٢٥٤/٢) و«معين الأحكام» ص ٢٤٤.

(٢) استفيد العموم من وقوع التكررة في سياق النفي، على ما هو المقرر في علم الأصول.

(٣) «نيل الأوطار»: (٢٦٠/٥). (٤) ويؤيد ذلك ما رأينا من المغايرة في المعنى لغة.

وعلى هذا فالضرر هو الاسم، والضرار هو الفعل^(١).

كما يذكر احتمالاً آخر من المعنى للحديث، وهو أن «الضرر أن يُدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضرراً بلا منفعة له فيه، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع» وقد رجح هذا المعنى ابن عبد البر، وابن الصلاح^(٢)، وقد ذكره ابن الأثير^(٣).

وجماع القول أن النبي ﷺ إنما نفى الضرر والضرار بغير حق، وأما إدخال الضرر على من يستحقه، فهذا غير مراد قطعاً^(٤).

وعندي أنه إذا انتفت مشروعية الضرر^(٥) بصريح قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٦) كان ذلك نهياً عن الأفعال التي تؤدي إلى الضرر مقصوداً أم غير مقصود، اجتثاً لواقعة الضرر في أي صورة من صورها، تطبيقاً لعموم هذا الحديث في أوسع مدى، إلا ما استثني منه بدليل.

وبذلك يكون النهي عن الضرر في هذا الحديث شاملاً لما إذا كان الضرر ناتجاً عن طريق المباشرة، أو التسبب مع التعدي، بارتكاب الأفعال غير المشروعة في ذاتها، والتي تعتبر اعتداء على ذات الإنسان، أو ماله، أو عرضه، أو أي حق من حقوقه، كالامتناع من أداء ماله من حق مثلاً.

(١) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) «النهاية»: (١٦/٣).

(٤) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧ وما بعدها.

(٥) وإنما قلنا: إن الحديث يفيد نفي مشروعية الضرر وقوعاً أو إيقاعاً، تحرزاً عن القول بما يفيد معناه الوضعي، من نفي وقوع الضرر، ونفي وقوع مقابله الضرر بمثله، وهو غير مراد؛ لأنه مخالف للواقع، وأخبار الشارع صادقة، فوجب حمله على المعنى المقصود، من نفي مشروعية إيقاع الضرر، أو مشروعية وقوعه من أي شخص كان، سواء على نفسه أم على غيره، وسواء نتج عن تصرفه في حقه، أم في حق غيره، على سبيل الاعتداء مباشرة أو تسبباً. انظر المادة ١٩ من «مجلة الأحكام العدلية وشرحها» للأستاذ محمد سعيد مراد الغزي: (٣٣/١).

(٦) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

وشامل كذلك للضرر الذي يترتب على فعل مشروع في ذاته، وهذا القسم هو الذي يدخل في نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق؛ فكان الحديث بذلك أصلاً لهذه النظرية، يؤيد ذلك ما ورد في الكتاب والسنة من النهي عن المضارة في الحقوق^(١)، وما أثر من فقه الصحابة، بمنع كل ذي حق من أن يتسبب في استعماله لحقه في إيقاع الضرر بغيره.

أما الكتاب؛ فقد أوردنا طائفة من الآيات الكريمة التي تنهى عن المضارة إبان استعمال الحق، في بحث الأدلة المثبتة للنظرية، من ذلك:

النهي عن مضارة الورثة في استعمال حق الإيصاء، والوصية تصرف في حق الملكية.

النهي عن المضارة في الرجعة، والرجعة حق ثابت للزوج بمقتضى عقد الزواج.

والنهي عن مضارة كل من الوالدين الآخر بسبب الولد، إبان استعماله لما يملك من حق، فمنهى الوالد عن أن يسيء استعمال حق الولاية على ابنه؛ ليضار الأم، كما نهى الأم عن مضارة الوالد فيما تملك من حق رضاع ولدها.

فهذه الآيات التي أوردناها على سبيل المثال، جاءت متضافرة تؤيد حديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) في شموله للنهي عن المضارة في استعمال الحقوق والتعسف فيها.

وأما السنة: فقد نهى النبي ﷺ عن المضارة إبان استعمال حق الملكية، وقضى باستئصال علة الضرر بعد أن تعذر منعه بغير ذلك، كما في حديث سمرة بن جندب، وقد كان يستعمل حقه في الاستطراق في بستان الأنصاري؛ للوصول إلى نخلته، ولما كان يلزم من استعمال حقه هذا ضرر بالأنصاري، عرض عليه النبي ﷺ حلولاً مختلفة لرفع هذا الضرر، فلمّا أبى سمرة إلا الإصرار على إيذاء الأنصاري، أمر الرسول ﷺ باجتثاث النخلة التي يملكها سمرة؛ لأن بقاءها هو علة بقاء حق الاستطراق لسمرة في

(١) راجع الأدلة التي سبق أن سقناها من الكتاب الكريم التي تنهى عن استعمال الحق بقصد الإضرار، وراجع «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٦٧، حيث عدد صوراً من استعمال الحق بقصد المضارة؛ تطبيقاً للحديث.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

بستان الأنصاري، والاستطراق هو منشأ الضرر، وهكذا دفع النبي ﷺ الضرر الناشئ عن استعمال حق الملكية باستئصال علة العلل، وقال لسمرة: «إنما أنت مضار»^(١) وفي رواية أخرى أنه علّل ذلك بقوله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٢) وفي هذه الرواية الأخيرة يعتبر الحديث مسوقاً للنهي عن الضرر الناشئ عن استعمال حق الملكية؛ فثبت أن الحديث أصل عتيد لنظرية التعسف في الفقه الإسلامي، أصله الكتاب الكريم، وسنة الرسول ﷺ في هذا الحديث الذي يعتبر من جوامع الكلم.

أما فقه الصحابة فقد كان متمثلاً روح الشريعة، ففي جانبه العملي - وهو القضاء - رأينا عمر رضي الله عنه يقضي بمنع المالك من التعسف في استعمال حقه في وقائع كثيرة، كإجباره محمد بن مسلمة على السماح للضحاك بالارتفاق بملكه، بأن يُمرّ خليفه في أرض محمد بن مسلمة، ما دام هذا الأخير لا يتضرر من ذلك؛ بل ينتفع، وقال عمر رضي الله عنه قولته المشهورة التي تعبّر عن استنكاره للتعسف: لَمْ تَمْنَع أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تسقي به أولاً وآخرأ، وهو لا يضرك؟. ولما أصر محمد بن مسلمة على المنع، أقسم عمر رضي الله عنه بما يَشْفُ عن استنكاره الشديد للتعسف بقوله رضي الله عنه: «وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ»^(٣).

وكما في قضائه بمنع الزوج من الكتابيات الأجنبية في ظروف خاصة، وهو منع للمباح إذا كان يغلب على الظن أنه مفضٍ إلى ضرر عام^(٤)، هو تتابع المسلمين في الزواج من الكتابيات الأجنبية، رغبة في جمالهن، فتترك المسلمات بلا زواج، وهذه فتنة عظيمة تحمل المسلمات على الوقوع فيما حرم الله^(٥). ففي الحادثة الأولى، قضى بمنع التعسف في حق الملكية دفعاً للضرر عن الفرد، وهنا قضى بمنع التعسف في استعمال المباح بالنظر لما يترتب عليه من ضرر عام، ولا شك أن عمر رضي الله عنه يستوحي في قضائه ما يحكم به حديث: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» لأن تعليله

(١) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦، من حديث سمرة بن جندب.

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٣) «المنتقى على الموطأ»: (٤٥/٦ - ٤٦).

(٤) «تاريخ الطبري»: (١٤٧/٦). وأحكام القرآن للجصاص: (٣٩٨/٢).

(٥) «تعليل الأحكام» للأستاذ الشيخ مصطفى شليبي ص ٤٣.

لقضائه ينم عن ذلك، وهو الحديث الذي يلخص روح الشريعة، ويؤكد أصلها العام، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد.

هذا، ولم يغب عن أذهان المحققين من الأصوليين الأعلام كالشاطبي في موافقاته^(١)، وابن رجب^(٢)، أن يجعلوا هذا الحديث أصلاً لما يصدر عن من أحكام تتعلق بحالات الضرر الناشئة عن استعمال الحقوق، والتي سنعرض لها في بحث معايير النظرية، فيؤكد الإمام الشاطبي هذا الأصل العام، وأنه من المصادر الفقهية التي تصدر عنها أحكام التعسف في استعمال الحق، إذ يقول: «فالأصل عصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه».

ويقول الأستاذ الشيخ أبو زهرة في شرحه لعبارة العلامة الشاطبي: والأصل دفع الأضرار ما أمكن الدفع، لأن صيانة الإنسان غيره، والامتناع عن إنزال الضرر به وإيلامه بأي وجه من وجوه الإيلام، أصل ثابت في الإسلام بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

❖ تفصيل القول فيما يشمل حكم هذا الحديث من وجوه الضرر الناشئة عن استعمال الحق بوجه عام^(٤).

إن امتثال النهي في الحديث يكون بأحد أمرين:

❖ أولاً: بالدفع قبل وقوع الضرر.

❖ ثانياً: بإزالة الضرر بعد الوقوع.

وذلك؛ لأن الضرر إما أن يكون متوقعاً أو واقعاً، فإن كان متوقعاً، فالامتثال

(١) «الموافقات»: (٣٤٨/٢) وما بعدها.

(٢) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧. وانظر تفصيل حالات التعسف في استعمال الحق، وحكم كل حالة تطبيقاً للأصل العام الذي جاء به الحديث: «لا ضرر ولا ضرار». [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن].

(٣) كتاب «أسبوع الفقه الإسلامي» ص ٣٥. والحديث أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٤) أي الحق الاستثنائي بمعناه الدقيق والإباحات.

يكون بدفعه قبل وقوعه، ومن هنا وضع الفقهاء قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»^(١)، ومبدأ «سد الذرائع» الذي أخذ بأصله جميع الفقهاء، وتوسع المالكية والحنابلة في تطبيقه، قائم على دفع ضرر متوقع، وهو توثيق لمبدأ المصالح الذي قامت عليه الشريعة.

وليس العمل بالاستحسان في بعض صوره عند الحنفية إلا تطبيقاً لدفع ضرر راجح متوقع؛ فقد قالوا: إن المالك يمنع من التصرف بعقاره إذا كان يترتب على تصرفه ضرر فاحش بجاره استحساناً لا قياساً^(٢)، لأجل المصلحة، وهذا توثيق لمقاصد الشريعة. وإن كان الضرر واقعاً، فالامتناع والتنفيذ يكون بإزالته، أي بإزالة أسبابه؛ لمنع استمراره في المستقبل، والضمان أو التعويض عما وقع، إن كان له وجه؛ لأن كل ما كان واقعاً - وهو غير مشروع - فهو واجب الإزالة.

❖ مدى استدلال أئمة المذاهب بحديث «لا ضرر ولا ضرار» في استعمال حق الملكية.

هذا، وإذا كان الفقهاء قد أخذوا بحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) في منع الأضرار الناشئة عن استعمال الحقوق، إلا أنهم اختلفوا في مجال التطبيق، ولا سيما في حق الملكية.

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٣١.

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي: (١٩٦/٤). هذا، ودفع الضرر الراجح المتوقع قبل الوقوع أولى، لأن الدفع أسهل من الرفع، وهذا الدفع يمثل «الدور الوقائي لنظرية التعسف». ولأن الضرر الواقع قد لا يمكن رفعه.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن. أنكر ابن حزم صحة سند هذا الحديث كما ذكرنا سابقاً، ولكنه صرح بصحة معناه، وقد رأينا أنه ورد من طرق متعددة موثوق برجالها، وهذه الطرق يعضد بعضها بعضاً، فضلاً عما تشهد لهذا الحديث من كليات الشرع وجزئياته، كما يقول الإمام الشوكاني. «المحلى»: (٨/ ٢٤١ - ٢٤٢)، و«نيل الأوطار»: (٥/ ٢٦٠).

❖ رأي الإمام الشافعي:

يرى الإمام الشافعي رحمه الله أن حديث «لا ضرر ولا ضرار»^(١) ليس نصاً قاطعاً في منع المالك من التصرف في ملكه إذا ترتب عليه ضرر فاحش بغيره؛ بل هو محتمل أيضاً لنفي الضرر عن المالك في منعه من التصرف بملكه، ويرى أن في منع المالك - لدفع الضرر عن غيره - ضرراً أشد؛ إذ يقول في كتابه «الأم»: «فإن تأوّل رجل قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فهذا كلام مجمل لا يحتمل لرجل شيئاً إلا احتمل عليه خلافه، ووجهه الذي يصح به أن «لا ضرر» في أن لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، «ولا ضرار» في أن يمنع رجل من ماله ضرراً، ولكل ما له وعليه».

«فإن قال قائل: بل أحدث للناس حكماً على النظر لهم، وأمنعهم في أموالهم على النظر لهم، قيل له إن شاء الله تعالى: أريت رجلاً له بيت يكون ثلاثة أذرع في ثلاثة أذرع، في دار رجل له مقدرة، أعطاه به ما شاء، مائة ألف دينار أو أكثر، وقيمة البيت درهم أو درهمان، وأعطاه مكانه داراً مع المال، أو رقيقاً، هل يجبر على النظر له أن يأخذ هذا الكثير بهذا القليل؟ أأريت رجلاً له قطعة أرض بين أراضي رجل لا تساوي القطعة درهماً، فسأله الرجل أن يبيعه منها ممراً بما شاء من الدنيا، هل يجبر على أن يبيع ما لا ينفعه بما فيه غناه؟» وذكر أمثلة أخرى بهذا المعنى، إلى أن قال: «فإن قال: لا يجبر واحد من هؤلاء على النظر له، قلنا: وكل هؤلاء يقول: إنما فعلت هذا إضراراً بنفسي وإضراراً للطالب إليّ^(٢).. إلخ».

وهكذا نرى الإمام الشافعي ينكر بوضوح أن يُقيّد المالك في تصرفه في ملكه ولو أدى إلى الإضرار بغيره؛ بل ولو أضر بنفسه، ولا يتخذ من الحديث حجة في هذا التقييد؛ لأنه مجمل، وقد حمّله على معنى رأى الوجه الصحيح لمفهوم الحديث كما رأينا، وهذا يدل على أن «الحق مطلق» في رأي الشافعي.

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٢) «الأم»: (٢٢٢/٣).

غير أن المالك إذا قصد الإضرار بغيره في استعماله لحقه؛ فهو يحمل وزر هذا القصد من الإثم.

على أن الإمام الشافعي رحمه الله يحد من حق المالك في تصرفه في ملكه في بعض الصور كما سنرى، إلا أنه لا يستند في ذلك التقييد إلى حديث «لا ضرر ولا ضرار»^(١)؛ بل إلى أدلة أخرى سنأتي على ذكرها في موضعها إن شاء الله.

❖ رأي الإمام أبي حنيفة في مدى حق الملكية:

لا يأخذ الإمام أبو حنيفة رحمهم الله بحديث «لا ضرر ولا ضرار» كأصل يقيد به حق المالك في التصرف في ملكه قضاءً؛ فلا يمنع من التصرف في ملكه ولو تضرر من ذلك غيره، فله أن يفتح ما شاء من النوافذ دون قيد أو شرط، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة، ولو كان ذلك يؤهن جدار جاره، ولو سقط لا ضمان عليه؛ لأنه ليس متعدياً ما دام يتصرف في دائرة ملكه، ولا ضمان إلا مع التعدي، أي مجاوزة حدود ملكه، وهو لا يمنع إلا إذا تعلق بملكه حق عيني للغير، كحق صاحب العلو على السفلى مثلاً^(٢).

وقد عبر الإمام الكاساني عن وجهة النظر هذه بقوله في بدائعه^(٣): «حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره، وليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرورة، ولا لأحد ولاية المنع عنه، وإن كان يتضرر به، إلا إذا تعلق به حق الغير، فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق».

ويقول أيضاً: «للمالك أن يتصرف في ملكه أي تصرف شاء، سواء كان تصرفاً يتعدى ضرره إلى غيره أو لا يتعدى؛ فله أن يبني في ملكه مرحاضاً أو حماماً أو تنوراً، وله أن يُقعد في بنائه حداداً أو قصاراً، وله أن يحفر في ملكه بئراً أو بالوعة أو ديماساً»^(٤) وإن كان يهن في ذلك البناء ويتأذى به جاره، وليس لجاره أن يمنعه، ولو

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٢) «أبو حنيفة» للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٤١٠.

(٣) «البدائع»: (٦/٢٦٣ - ٢٦٤)، و«المبسوط» للسرخسي: (١٥/٢١).

(٤) جاء في «القاموس المحيط» في مادة (دمس) أن الدِّماس - بالفتح، ويكسر - الكِنُّ والسَّرَب والحَمَام -

بالتشديد - ج دياميس ودماميس واندمس: دخل فيه.

فعل ذلك حتى وهن البناء، وسقط حائط الجار، لا يضمن؛ لأنه لا صنع منه في ملك الغير^١ هـ. أي ليس متعدياً ومجاوزاً حدود حقه.

وجاء في فتاوى قاضي خان^(١) أن أبا حنيفة يقول: «من تصرف في ملكه، لا يمنع عنه، وإن كان يتضرر به جاره».

وحكي أن رجلاً شكاً إلى أبي حنيفة من بئر حفرها جاره في داره، فخشي منها الشاكي على جداره؛ فقال له أبو حنيفة: احفر في دارك بجوار تلك البئر بالوعة، ففعل، فنزّت البئر فكسبها صاحبها.

وهكذا لم يُفتِ الإمام أبو حنيفة الشاكي بأن له أن يجبر جاره على كبس بئرهِ قضاءً؛ بل هداه إلى هذه الحيلة، إطلاقاً ليدّ كلُّ منهما في التصرف بملكه.

وإذا لم يقيد الإمام أبو حنيفة حق الملكية قضاءً، فذلك؛ لأنه يرى أن معنى الملك هو حرية التصرف، فتقييد هذه الحرية نقضٌ لأصل الملكية.

وأيضاً؛ لأنه لا يرى أن يدفع الضرر عن غير المالك بضرر المالك، وضرره بالمنع أشد؛ لأن حرية تصرفه في ملكه تستند إلى حق، وهو لم يمنح هذا الحق إلا لمصلحة راجحة، فتقييد حريته يلحق به ضرراً أشد دون وجه حق.

❖ حق الملكية مقيدٌ لديانة عند الإمام أبي حنيفة:

رأينا أن الإمام أبا حنيفة يطلق حرية التصرف في الملك إطلاقاً تاماً، ولا يجعل للقضاء حقاً في التدخل لتقييده؛ لدفع الضرر عن غير المالك، شريطة أن لا يكون للغير حق عيني متعلق به، حتى إذا كان للغير هذا الحق، قيد به حق المالك.

غير أنه يترك التقييد للوازع الديني؛ فالديانة توجب على المالك ألا يتخذ من حق الملكية ذريعةً إلى الإضرار بغيره، فالمالك إذن ممنوعٌ بحكم الديانة لا القضاء.

ويمكن القول، بأن الإمام أبا حنيفة رحمه الله إذ أطلق من حرية التصرف في الملك - عملاً بموجب القياس - لأن الأصل أن حق الملكية يخول صاحبه سلطة

(١) «فتاوى قاضي خان» (بهامش الهندية): (٢/٢٥٦).

التصرف كما يشاء، ما دام في حدود ملكه الموضوعية، وترك تقييده لحكم الديانة، فذلك اعتماداً منه على قوة الوازع الديني، وهيمنة سلطان العقيدة، ولا نرى مما يخالف أصل هذا النظر تقييد الحق قضاءً إذا ضعف هذا الوازع بتغير الزمن، إذا اقتضت المصلحة ذلك، والمصلحة مقصود الشرع؛ ولذا رأينا المتأخرين من فقهاء الحنفية يمنعون المالك من التصرف في ملكه إذا كان يضرّ بجاره ضرراً فاحشاً؛ لحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، ولضعف سيطرة الدين على النفوس، فحقت عليهم كلمة القضاء؛ لحملهم على منع الإضرار.

ويعبر صاحب «تبيين الحقائق» عن وجهة النظر هذه بقوله: «ولو أراد بناء تنور في دار للخبز الدائم كما يكون في الدكاكين، أو رحا للطحن، أو مدقات للقصارين، لم يجز؛ لأن ذلك يضر بالجيران ضرراً ظاهراً لا يمكن التحرز عنه، والقياس أنه يجوز؛ لأنه تصرف في ملكه، وترك ذلك استحساناً لأجل المصلحة»^(٢)، أي بمقتضى سياسة التشريع.

❖ رأي الإمام مالك وأحمد في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد إلى حديث: «لا ضرر ولا ضرار»

اتخذ الإمامان مالك وأحمد حديث: «لا ضرر ولا ضرار» أصلاً في تقييد الحقوق كافة، ولا سيما حق الملكية.

وقد فصل أصوليو^(٣) الحنابلة والمالكية^(٤) وفقهاؤهم وجوه الضرر التي تنشأ عن استعمال الحق، ووضعوا لها الحلول بالاستناد إلى حديث: «لا ضرر ولا ضرار»، إلى جانب الأحكام الجزئية التفصيلية التي تعتبر تطبيقاً لهذا الحديث.

فبعد أن يقرر ابن رجب أن المعنى المراد من الحديث «هو نفي مشروعية إلحاق الضرر بغير حق»^(٥) يُدرج تحت هذا المعنى نوعين رئيسين من وجوه الضرر:

- (١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.
- (٢) «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» للزيلعي: (٤/١٩٦)، وقوله: يضر بالجيران ضرراً ظاهراً، أي: فاحشاً.
- (٣) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٦٧.
- (٤) «الموافقات»: (٢/٣٤٨) وما بعدها.
- (٥) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧.

«الأول: تمحض قصد الإضرار، بأن لم يكن لصاحب الحق من غرض في استعمال حقه سوى الإضرار بغيره»^(١).

ويؤيد حكم هذا الحديث بإيراد آيات من القرآن الكريم من النهي عن المضارة في الحقوق^(٢)، ويؤيد العلامة الإمام الشاطبي في موافقاته هذا الاتجاه، فيستشهد بحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) على منع القصد إلى الإضرار إبان استعمال الحق، فيقول: «لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار؛ لثبوت الدليل على أن «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٤) ومشيئاً إلى أساس الحق بقوله: «جلب المصلحة أو درء المفسدة، إذا كان مأذوناً فهي على ضربين»^(٥)... إلخ». وليقرر قاعدة التعارض والترجيح.

«الثاني: أن يكون له غرض آخر صحيح، مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره»^(٦).

والتصرف في هذه الصورة على نوعين:

الأول: التصرف في الملك على غير الوجه المعتاد، فإذا تعدى ذلك إلى ضرر غيره، ضمن ضمان المتعدي.

الثاني: التصرف في الملك على الوجه المعتاد، وللعلماء فيه قولان مشهوران:

أحدهما: لا يمنع من ذلك، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة.

الثاني: المنع، وهو قول أحمد، ووافقه مالك في بعض الصور^(٧).

(١) المرجع السابق.

(٢) كالأيات التي وردت في النهي عن المضارة في حق الرجعة وحق الإيضاء... إلخ. «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٨ وما بعدها.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٤) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ٥١٩٣، من حديث جابر بن عبد الله بهذا اللفظ، وهو عند ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام».

(٥) «الموافقات»: (٣٤٨/٢) وما بعدها.

(٦) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧ وما بعدها. (٧) المرجع السابق ص ٢٦٩.

فمن ذلك أن يحفر بئراً بالقرب من بئر جاره، فيذهب ماؤها، فإنها تُظَمّ في ظاهر مذهب مالك وأحمد.

ومن ذلك: أن يفتح كوة في بنائه العالي مشرفة على جاره، أو يبني بناءً عالياً يشرف على جاره ولا يستره، فإنه يلزمه بستره، نص عليه أحمد، ووافقه طائفة من أصحاب الشافعي^(١).

وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر.

ومن ذلك: أن يكون له ملك في أرض غيره، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله إلى أرضه، فإنه يجبر على إزالته؛ ليندفع به ضرر الدخول والاستطراق، عملاً بقضاء رسول الله ﷺ في قضية سمرة بن جندب مع الأنصاري^(٢).

وفي رواية عن أحمد: «إن ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر، يمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان»^(٣) أي بسلطان الدولة.

ومما أوردنا من مسائل حكم فيها الإمام أحمد بمقتضى حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤) يتبين لنا مدى صحة قول بعض الكاتبيين^(٥): إن الإمام أحمد يقول بنظرية الحق المطلق!! وكيف لا يقول بتقييد الحق وهو الذي اتخذ من قضاء رسول الله ﷺ على سمرة - كما رأيت - أصلاً يقاس عليه كل تصرف في حق الملكية، إذا تحقق فيه المعنى الذي استدعى حكم التقييد، وهو الإضرار بغيره على النحو الذي أصاب الأنصاري؟ ويجبر على الإزالة بحكم السلطان، حيث قال: «كل ما كان على هذه الجهة وفيه ضرر، يمنع من ذلك، فإن أجاب وإلا أجبره السلطان»^(٦)، أي بحكم المنطق العام للتشريع.

وأيضاً، فإن الإمام أحمد إذ يُروى عنه هذا الأصل، نرى تطبيقه له في كثير من

(١) المرجع السابق ص ٢٦٩.

(٢) «الطرق الحكمية» لابن القيم الجوزية ص ٣١٠. والحديث أخرجه: أبو داود: ٣٦٣٦، من حديث سمرة بن جندب.

(٣) «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٧٠.

(٤) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٥) «النظرية العامة للموجبات والعقود» للدكتور صبحي المحمصاني ص ٣٩.

(٦) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٧٠.

المسائل التي قيد فيها حق الملكية بمنع الضرر، فقد قال أصحابه تخريجاً على مذهبه: «إن قوماً إذا اضطروا إلى السكنى في بيت إنسان، لا يجدون سواه، أو النزول في خان مملوك، أو استعارة ثياب يستدفنون بها، أو رحي للطحن، أو دلو لنزع الماء، أو قدر، أو فأس، أو غير ذلك، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع؛ لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً؟ فيه قولان للعلماء، وهما وجهان لأصحاب أحمد»^(١).

ويقول ابن تيمية: والصحيح أنه يجب ذلك مجاناً^(٢) كما دل عليه الكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ ۖ الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۚ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ ۖ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٤-٧] «ومن جَوَزَ أخذ الأجرة حرم عليه أن يطلب زيادة في أجرة المثل، فكلُّ هذا تقييد لحق الملكية إلى مدى لم نعهده في الشرائع حتى يومنا هذا».

وأيضاً، قد تقدم أن المالك إذا فتح كوة في بناءه المشرف على الجار ولا يستره - نص عليه الإمام أحمد - وهذا تصرف معتاد في حق الملكية؛ ولكنه يقيد - كما ترى - على نحو لا يضر بالجار.

هذا وسيأتي أن الإمام أحمد يوجب على المالك أن يخلي سبيل الجار للارتفاق بملكه، لا بالامتناع عن الإضرار به فحسب.

وأيضاً، فإن الإمام أحمد يأخذ بمبدأ^(٣) «سد الذرائع»، وهو أصل هام في تقييد الحق من حيث الباعث أو المآل، فكيف يتفق هذا مع القول بإطلاق الحقوق؟!

❖ الثالث منع الجار^(٤) من الانتفاع بملك جاره والارتفاق به.

مذهب الإمام أحمد أنه لا يجوز المنع إذا لم يلحق بالمالك مضرة، كما في طرح الخشبة على جدار الجار، ووافقه الإمام الشافعي في القديم؛ عملاً بما ورد في الصحيحين من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره»^(٥).

(١) «الطرق الحكمية» ص ٣٠٥. (٢) المرجع السابق.

(٣) «الجامع لأحكام القرآن»: (٥١/٢) وما بعدها، و«ابن تيمية» للشيخ أبي زهرة ص ٥٠٠.

(٤) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٥) أخرجه البخاري: ٢٤٦٣، ومسلم: ٤١٣٠، وأحمد: ٩٩٦١.

ومن ذلك أيضاً الإجبار على إجراء الماء في أرض جاره عند الحاجة، روايتان عن أحمد، والإجبار قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه ^(١).

❖ رأي الإمام مالك في الارتفاق بملك الغير:

قررنا أن الإمام مالك يقيد الحق بمنع الإضرار، عملاً بحديث: «لا ضرر ولا ضرار» ^(٢) فقد ورد في «المدونة» أن المالك يمنع من أن يحفر بئراً تضرّ ببئر جاره، سواء أكان الحفر في وسط ملكه، أم في غير وسطه ^(٣). وجاء فيها أيضاً: أنه إذا فتح أحد أبواباً وكوى في بنائه يُشرف منها على دار الجار وعياله، فإنه يمنع من ذلك ^(٤). فقد جاء في المدونة ما نصه: «قلت: أرأيت لو أن رجلاً حفر بئراً بعيدة عن بئر جاره، وكان أحيائها قبل ذلك؛ فانقطع ماء البئر الأولى، وعلم أنه إنما انقطع من حفر هذه البئر الثانية، أيقضى له على هذا بردم البئر الثانية أم لا في قول مالك؟ قال مالك: للرجل أن يمنع، فله أن يقوم على هذا، فيردم البئر التي حفرها» ^(٥).

وجاء فيها أيضاً «قلت: أرأيت الآبار التي تكون في الدور، أيكون لي أن أمنع جاري من أن يحفر في داره بئراً تضرّ ببئري التي في داري أم لا؟ قال: سمعت مالكا يقول في الرجل تكون له في داره بئر إلى جنب جداره، فحفر جاره في داره بئراً إلى جنب جداره من خلفه، قال: إن كان ذلك مضرّاً ببئر جاره، منع من ذلك» ^(٦).

«قلت: وكذلك لو أحدث كنيفاً يضرّ ذلك ببئري، منع من ذلك في قول مالك؟ قال: نعم! قلت: وكذلك لو كانت بئري في وسط داري، فحفر جاري في وسط داره بئراً يضرّ ببئري، منع من ذلك؟ قال: نعم! ووسط الدار وغير وسطها سواء، يمنع جاره من أن يحدث في داره بئراً يضرّ ببئر جاره عند مالك».

(١) «نيل الأوطار»: (٢٦٠/٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٣) «الطرق الحكمية» ص ٣٦٠.

(٤) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق ص ١٩٦.

(٥) «المدونة»: (١٩٧/١٥).

«قلت: فلو أن رجلاً بنى قصراً إلى جانب داري رفعها عليّ، وفتح فيها أبواباً وكوى يشرف منها على عيالي، أو على داري، أكون لي أن أمنعه من ذلك في قول مالك؟ قال: نعم! يمنع من ذلك^(١)».

غير أنه روي عن مالك أنه لا يجيز للجار أن يرتفق بملك جاره إذا احتاج إلى ذلك.

ولكن - عند التحقيق - يتبدى لنا أن ليس ثمة تناقض في مذهبه، فتقييد الحق بمنع الإضرار هو الأصل كما رأينا، وأما فيما يتعلق بارتفاق الجار بملك جاره، فقد جاء في المدونة ما نصّه: «قلت: أرأيت لو أن لي أرضاً، وإلى جانب أرضي أرضٌ لجاري، وعَيْنٌ لي خلف أرض جاري، وليس لي ممرٌ إلا في أرض جاري، فمنعني من الممر إلى العين؟ قال: سمعت مالكا يقول: وسئل رجل له أرض، وحواليه زرع للناس في أرضهم؛ فأراد صاحب تلك الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم. قال: إن كان ذلك يفسد زرعهم، فلهم أن يمنعه».

وهذا واضح، فالمفهوم المخالف لهذا القيد: أنه إذا كان لا يفسد الزرع، فليس لهم أن يمنعه، وبذلك يكون للجار أن يرتفق بأرض جاره إذا لم يلحق صاحب الأرض مضرة؛ وعلى هذا يتسق القول في مذهب مالك بتقييد الحق^(٢).

أما فيما يتعلق بالرجل يسوق عينه إلى أرضه في أرض رجل^(٣)؛ فقد ورد في «المدونة» ما يلي:

«قلت: أرأيت لو أن رجلاً له ماء وراء أرضي، وأرضه دون أرضي، فأراد أن يُجري ماءه إلى أرضه في أرضي، فمنعته؟.. قال: قال مالك: ذلك لك. قال مالك: وليس العمل على حديث عمر بن الخطاب في هذا».

(١) المرجع السابق.

(٢) «المدونة»: (١٥/١٩٤).

(٣) «المدونة»: (١٥/١٩٢).

«وقال بالمنع كذلك فيما إذا أراد أن يحوّل مجرى مائه في أرض غيره إلى جهة أخرى أقرب»^(١).

هذا ما ورد في «المدونة»، غير أننا إذا رجعنا إلى تعليل الإمام مالك رحمه الله لوجهة نظره في هذه المسألة الأخيرة، رأينا أن حكم المنع هذا مبناه تغير الزمن، وفساد الذمم؛ لأنه كان يخشى - إن هو أجاز - أن يدّعي المرتفق ملكية الرقبة التي يجري فيها عينه، وبدهي أن هذا حكم زمني، فلا تناقض بين ما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وما ذهب إليه الإمام مالك؛ لتغير الزمن، وأحوال الناس، فإذا ضبطت المعاملات، وانتفت العلة بتبدل الزمن، عاد التقييد.

وعلى هذا، فالأصل عند الإمام مالك تقييد الحق، إلا إذا عرض عارض من تبدل وجه المصلحة كما رأينا.

على أنه قد روى زياد بن عبد الرحمن عن مالك ما يؤيد هذا الذي ذهبنا إليه؛ إذ يقول: «إن لم يضرّ ذلك به، فليُقَضَّ عليه بذلك»^(٢).

وجاء في «المنتقى على الموطأ» للباجي تعليل الإمام مالك بالمنع كما يأتي: «ولكن فسد الناس، واستحقوا التّهم؛ فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جري هذا الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك»^(٣).. إلخ.

وهكذا نرى أن الخلاف مبناه اختلاف الزمان، لا الحجة والبرهان، والعبرة بالأصل لا بالعارض.

والواقع أن الإمام مالك - في تعليله - قد نظر إلى المال، أي: إلى مآل العمل بحكم إجبار المالك على السماح لجاره بالارتفاق بملكه، وما يلزم عن ذلك من مفسدة الادعاء الباطل بملكية رقبة الأرض المرتفق بها، وهي مفسدة راجحة، فمنع،

(١) المرجع السابق.

(٢) «المنتقى على الموطأ»: (٤٧/٦).

(٣) «المنتقى على الموطأ»: (٤٦/٦).

وهذا هو المسلك الاجتهادي الذي يلزم المجتهد اتباعه^(١) درءاً لاعتساف المصلحة في التشريع، والانحراف عنها.

ثم هو لم يهمل العمل بحديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢)، بل لا يزال يُعْمَلُ به؛ إذ الحديث لا يقضي بمشروعية إيقاع أضرار راجحة بالمالك؛ بل ينفيها، فكان الحكم بالمنع في مثل هذا الظرف الذي أشار إليه مالك من مقتضى العمل بالحديث.

❖ رأي الظاهرية في تقييد الملكية في ضوء حديث «لا ضرر ولا ضرار».

يخالف ابن حزم رأي الإمام مالك في تقييد حق الملكية بما يمنع الضرر عن الغير، فقد جاء في «المحلى»: «ولكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه من كوة، أو باب، أو أن يهدمه إن شاء في دار جاره، أو في درب غير نافذ أو نافذ، ويقال لجاره: ابن في حقك - ملكك - ما تستر به على نفسك، إلا أنه يمنع من الاطلاع فقط. وقال مالك: يمنع من كل ذلك»^(٣).

ويقول ابن حزم^(٤): «وهذا خطأ، لأن كل ذي حق أولى بحقه» ثم ينفي صحة خبر «لا ضرر ولا ضرار» فيقول: «فإن احتجوا بالخبر «لا ضرر ولا ضرار» فهذا خبر لا يصح؛ لأنه إنما جاء مُرسلاً، أو من طريق فيها زهير بن ثابت، وهو ضعيف، إلا أن معناه صحيح، ولا ضرر أعظم من أن يُمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره».

ورأي ابن حزم في هذا أقرب إلى رأي أبي حنيفة والشافعي.

(١) وهو الأصل الذي أقام العلامة الشاطبي الأدلة على أنه معتبر مقصود شرعاً، وأنه يلزم المجتهد العمل به توكيلاً من التعسف في الاجتهاد التشريعي التطبيقي؛ ذلك الأصل هو النظر في نتائج الأفعال ومآلاتها، أي: الأفعال التي لها مآلان متعارضان، وتكييف الأفعال على ضوءها؛ جرياً على سنة الله في التشريع، من اعتبار المسببات في الأسباب، والمسببات هي مآلات الأسباب ونتائجها في التطبيق، «الموافقات»: (١٩٨/٤) وما بعدها.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٣) «المحلى»: (٢٤١/٨)، المسألة ١٣٥٥. (٤) المرجع السابق.

إلا أن الذي يؤخذ على ابن حزم تضعيفه الحديث، في حين أنه ورد من طرق متعددة يقوّي بعضها بعضاً، وأنه تشهد له في الشرع جزئيات وكليات.

وأيضاً قد أقر بصحة معناه، فما عمدته في تصحيح معناه؟ إن كانت الأدلة من الكتاب والسنة التي سقناها في صدر هذا البحث، فلماذا لم يعمل بمقتضى تلك الأدلة؟ وهي أدلة من القوة - لورودها في الكتاب والسنة - بحيث تنهض بمجموعها دليلاً يقينياً قاطعاً على تقييد الحق، لأن الدلالة قد جاءت يعاضد بعضها بعضاً. وعندي أن ابن حزم يُعْمَلُ هذا الحديث في معناه، ويختلف مع الإمام مالك وأحمد في التطبيق، فيرى أن ضرر المالك في تقييده في التصرف بحقه أشد، فلا يصار إليه لدفع ضرر أخف؛ لاختلال التوازن، لأنه خلاف المقرّر، وخلاف مقتضى الحديث.

هذا، ومن المعروف أن الظاهرية لا يقولون بتعليل النصوص حتى يُجروا القياس^(١) فيما ورد فيه النص بتقييد حق المالك، ولا سيما في حق الجار في الارتفاق بملك جاره؛ فهم لا يجيزون للجار أن ينتفع بملك جاره إلا حيث جاء النص، كما في غرز الجار خَشْبُهُ في حائط جاره الذي جاء به الحديث، وهذا خَرْمٌ لمنطق التشريع العام.

❖ رأي الجعفرية في تغيير حق المالك في ضوء حديث «لا ضرر ولا ضرار».

يذهب بعض الجعفرية إلى أن حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) لا يقضي على عموم السلطنة - أي على سلطة المالك في تصرفه في ملكه - إلا في حالة واحدة: وهي ما إذا قصد الإضرار دون نفع يعود عليه. أما إذا كان له غرض صحيح من استعمال ملكه؛ فإنه لا يُمنع، ولو ترتب على تصرفه ضررٌ بالجار أكبر؛ لأنه لا يجب تحمل الضرر؛ لدفع الضرر عن الجار^(٣).

(١) المراد بالقياس: القاعدة العامة.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٣) «منية الطالب في حاشية المكاسب» (في الفقه الجعفري). طبع إيران، ص ٢٢٤.

أما في حالة ما إذا كان لا يتضرر ولا ينتفع، فيظهر منهم عدم جواز التصرف، سواء قصد بتصرفه الإضرار أم لا؛ لأن المفروض عدم ورود ضرر عليه، ولا يلزم من تصرفه جلب نفع، حتى يكون تركه موقعاً في الحرج، فليس هنا إلا عموم السلطنة، وهو محكوم بقاعدة: «لا ضرر ولا ضرار».

ويقولون: «إن سلطنة المالك لا ترتفع بضرر الجار، إلا إذا لم يكن عدم تسلطه موجباً لتضرره، كما إذا لم يكن حفر البئر في داره موجباً لتضرره؛ بل يحفره شهياً»^(١). وخلاصة هذا الرأي: أن المالك إذا تصرف في ملكه لمحض قصد الإضرار بالغير فإنه يمنع، ولا شك أن التصرف العايب - دون جلب نفع أو دفع ضرر - مَظَنَّةٌ هذا القصد.

ومؤدَّى ذلك أن التصرف يجب أن يكون لغرض مشروع، أي لمصلحة تستجلب، وحق الملكية إنما تقرر لغرض، فاستعماله في العبث تعسف؛ لأنه استعمال للحق في غير ما شرع له، وإذا كان هذا الاستعمال التعسفي محكوماً بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» نتج عن هذا أمران:

الأول: أن الجعفرية يقيدون حق المالك بقاعدة «لا ضرر ولا ضرار» على الجملة.
الثاني: أنهم يأخذون بنظرية التعسف في معيارها الذاتي في تمحض القصد إلى الإضرار، أو قيام مَظَنَّةٍ في التصرف العايب الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير.
الدليل الثاني:

عن ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد. رواه البخاري والنسائي^(٢).
وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَلَقُّوا الركبان، ولا يَبِيعُ حاضر لباد» ف قيل لابن عباس: ما قوله: «لا يَبِيعُ حاضر لباد»؟ قال: لا يكون له سمساراً^(٣).

(١) المرجع السابق.

(٢) البخاري: ٢١٥٩، والنسائي: (٢٥٦/٧).

(٣) أخرجه البخاري: ٢١٥٨، ومسلم: ٣٨٢٥، وأحمد: ٣٤٨٢، من حديث ابن عباس.

وعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد، وإن كان أخاه أو أباه»^(١).

يحتمل هذا الحديث معنيين:

أحدهما: أن الحاضر^(٢) لا يدع البادي^(٣) يبيع حسب معرفته؛ بل ينصحه أن يتولى عنه البيع؛ لبيع له بثمن أعلى، وفي هذا مضرة لأهل السوق.

الثاني: أن يبيع الواحد من أهل البلد بضاعة إليه من غير أهله ما يحتاج إليه هؤلاء الأهلون، وذلك طمعاً في زيادة الثمن والربح غير المعتدل^(٤)، والعلة في النهي - على كلا المعنيين - واضحة، وهي أن في هذا العمل إضراراً بأهل البلد.

وهذا الحكم وإن كان يلزم عنه غبن البادي - وهو مفسدة - غير أنها مرجوحة بالنسبة لمصلحة أهل البلد، والرفق بالجماعة؛ إذ يشترون ما يحتاجون إليه بثمن رخيص ومعقول، في حين أن مصلحة الفرد لم تهدر؛ إذ كل ما أفاده الحديث أن تسيير الأمور في البيع سيراً تلقائياً، يترك فيه البادي يبيع بنفسه، والنهي هنا فيه نظر إلى منفعة الجماعة دون هدر مصلحة الفرد، وهذه مزية الفقه الإسلامي في تقديم المصلحة العامة على الخاصة؛ بل تقديم كل مصلحة راجحة، دون التفات إلى ما يلزم عنها من مفسدة مرجوحة، وتلك نظرة موضوعية توازن بين المصالح والمفاسد، ولا يلتفت فيها إلى الناحية النفسية من قصد الإضرار.

هذا؛ وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع، فمنهم من أجازَه مطلقاً، مثل أبي حنيفة ومجاهد وعطاء^(٥)، وذلك بحمل النهي على كراهة التنزيه لا التحريم، أو اعتماداً على حديث: «الدين النصيحة»^(٦) لأنهم رأوا أن نهى الحاضر عن أن ينصح

(١) أخرجه البخاري: ٢١٦١، ومسلم: ٣٨٢٨. (٢) الواحد من أهل البلد.

(٣) القادم إلى البلد من غير أهله، سواء أكان من البادية، أم من القرية، أم من بلد آخر. النووي: (٨/٤).

(٤) «المجموع» للنووي: (٨/٤). وراجع «مصادر الحق» للدكتور السهوري: (٩٠/٢ - ٩٢).

(٥) «المجموع» للنووي: (٨/٤). و«المغنى»: (٢١٥/٤).

(٦) أخرجه مسلم: ١٩٧، وأحمد: ١٦٩٤٠، من حديث تميم الداري.

البادي ويعرفه بالسعر، مناقض لقوله ﷺ: «الدين النصيحة»^(١)، على أن بعض الحنفية حملَ النهي على الكراهة التحريمية^(٢).

ويذهب الشافعي إلى أنه إذا وقع فقد تم وجاز، ويقول في «الأم»: «أن يبيع الحاضر للبادي جائز غير مردود، والحاضر منهى عنه»^(٣).

ولا خلاف عند الفقهاء جميعاً في أن الحاضر آثم ديانة. يقول صاحب «الفتح»: لا نعلم خلافاً في الإثم.

وفي رواية عن أحمد أنه صحيح؛ إذ سئل عن بيع حاضر لباد، فقال: لا بأس به، فقليل له: فالخبر الذي جاء بالنهي؟ قال: كان ذلك مرة، فظاهر هذا صحة البيع، وأن النهي اختص بأول الإسلام، لما كان عليهم من الضيق في ذلك، وهو قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه^(٤)، وعلى هذا فللظروف أحكامها.

وذهب آخرون إلى أنه باطل، كالحنابلة والمالكية. جاء في «المغني»: «فإن باع حاضر لباد فالبيع باطل»^(٥).

ويقول ابن القيم: «ولكن نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد، أي: يكون له سمساراً، وقال: «دعوا الناس يرزق بعضهم بعضاً»^(٦)، فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للبادي الجالب للسلعة؛ لأنه إذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أغلى الثمن على المشتري، فنهاء عن التوكل له، مع أن جنس الوكالة مباح، لما في ذلك من زيادة السعر على الناس»^(٧).

وظاهر من كلام ابن القيم أن المباح يتقيد بمنع الضرر عن العامة؛ فمنع الشارع ممارسة المباح إذا لزم عنه مفسدة راجحة.

(١) «بداية المجتهد» لابن رشد: (١٣٨/٢). والحديث أخرجه مسلم: ١٩٧، وأحمد: ١٦٩٤٠، من حديث تميم الداري.

(٢) «فتح القدير»: (١٠٦/٦).

(٣) «المغني»: (٢١٥/٤)، و«الموافقات»: (٣/٢٥٩ - ٢٦٠).

(٤) «المغني»: (٢١٥/٤). (٥) المرجع السابق.

(٦) أخرجه مسلم: ٣٨٢٦، وأحمد: ١٤٢٩١، من حديث جابر بن عبد الله.

(٧) المرجع السابق.

والواقع أن هذا تطبيق لمبدأ سد الذرائع الذي ينظر إلى مآلات الأفعال فيعتبرها، ويتكيف الفعل بالمشروعية أو عدمها حسب ما يفضي إليه استعمال الفعل من مآل ونتيجة.

وفي مسألتنا هذه أن جنس الوكالة وإن كان مباحاً، غير أنه لا يجب إطلاق القول بالمشروعية، بالنظر إلى ما يفضي إليه ذلك من ضرر بالعامّة، يقول الإمام الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً» وهذا أصل عظيم يؤصله الإمام الشاطبي؛ ليدرأ التعسف في الاجتهاد في التطبيق، حتى لا تتناقض الأحكام في الجزئيات مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة، من جلب المصالح ودرء المفاسد، وأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

وتطبيقاً لهذا الأصل يتضح أن إطلاق القول بالإباحة في التوكيل للحاضر يؤدي إلى الإضرار بأهل البلد، وهذا هو القياس^(١) الفاسد الذي أشار إليه ابن القيم حيث يقول: «وصاحب القياس الفاسد يقول: فله أن يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر؛ ولكن الشارع راعى المصلحة العامة»^(٢).

على أن هذا الأصل لا يقتصر تطبيقه على المباح؛ بل يشمل الواجب أيضاً، بيان ذلك: أن الحنفية تمسكوا بإجازة هذا البيع مطلقاً بحديث: «الدين النصيحة»^(٣)؛ ولا شك أن تقديم النصيحة إلى المسلم أمر واجب، والنصيحة هنا تعريف البادي بسعر الوقت الذي يجهله، وتبصيره به، دفعاً للضرر عنه من الغبن، وهو أمر مطلوب كما قدمنا، غير أن هذا يُتركُ أيضاً - كما يقول الإمام الشاطبي - بالنظر إلى ما يؤول إليه العمل به من مفسدة مساوية أو راجحة، فمنع بيع الحاضر للبادي في الأصل منع من النصيحة^(٤) إلا أن فيه إرفاقاً لأهل الحضر، وهو من باب الحكم على الخاصة لأجل العامة.

(١) يقصد بالقياس القاعدة العامة.

(٢) المرجع السابق، وراجع أيضاً ص ٢٨٤ من نفس المرجع.

(٣) أخرجه مسلم: ١٩٧، وأحمد: ١٦٩٤٠، من حديث تميم الداري.

(٤) «الموافقات»: (٣/ ٢٦٠).

ويقول الشيخ دراز شارحاً هذا المعنى: ومحل اعتبار النهي ما لم يكن فيه معارضة مصلحة الخاصة مع مصلحة العامة، فتقدم المصلحة العامة، وذلك كتلقي الركبان؛ فإنه ضروري أو حاجي لكسب الشخص لعياله، وإهمال هذا الكسب وتركه منهي عنه؛ ولكنه يؤدي إلى مصلحة العامة، حيث يشترون حاجاتهم بدون تعنت الوسيط الذي يرفع الأثمان، فهو منهي عنه يؤدي إلى مطلوب هو إرفاق العامة، فقدمت مصلحة العامة، مثله بيع الحاضر للبادي، هو من الضروري أو الحاجي، وهو نصح مطلوب، وتركه منهي عنه؛ لكن هذا الترك فيه تعاون ورفق بأهل الحضر؛ لأن البدوي يبيع لهم حسبما يفهم هو في الأسعار؛ ولكن الحاضر إذا باع له يقف على الأسعار الجارية في الحضر، وفيه تضيق عليهم؛ فالغى النهي عن ترك النصح؛ وروعي المطلوب وهو التعاون؛ رفقاً بالحضر؛ وتقديماً للمصلحة العامة^(١). وإذا كان هذا النهي لتحقيق حكمة مقصودة للشارع، فيجب تحريها، ولذلك وضع صاحب «كشاف القناع» شروطاً لإبطال هذا البيع كي لا يعتسف هذا الإبطال الحكمة المقصودة منه؛ إذ يقول:

«وكذا بيع حاضر لباد؛ بأن يكون سمساراً له، ولو رضي الناس فيحرم ولا يصح؛ لبقاء النهي عنه، لقول أنس: نهينا أن يبيع حاضر لباد، ولو كان لأبيه وأمه»^(٢) ويشترط شروطاً خمسة:

أولاً: أن يحضر البادي^(٣) لبيع سلعته لا لخزنها أو أكلها، لأن في هذا توسعة لا تضيقاً.

ثانياً: أن يريد بيعها بسعر يومها؛ لأنه إذا قصد أن لا يبيعها رخيصة، كان المنع من جهته لا من جهة الحاضر.

ثالثاً: أن يكون جاهلاً بالسعر.

(١) المرجع السابق: (٣/٢٦٠).

(٢) أخرجه البخاري: ٢١٦١، ومسلم: ٣٨٢٨.

(٣) قدمنا أنه أعم من أن يكون بدوياً أو قروياً أو حضرياً من أهل بلدة أخرى؛ لأن علة النهي تتحقق في كل قادم من هؤلاء، وهي التضيق على أهل البلد.

رابعاً: أن يقصده حاضراً عالم بالسعر.

خامساً: أن يكون بالناس إليها حاجة؛ لأنهم إذا يكونوا محتاجين لم يوجد المعنى الذي نهى الشارع لأجله^(١)، ويقصد بالمعنى هنا العلة أو السبب.

وفي هذه الشروط إشارة من صاحب «الكشاف» إلى وجوب استعمال الحق فيما شرع له، فلو لم يكن بالناس حاجة مثلاً لكان إبطال البيع تعسفاً؛ لأنه استعمل في غير الغرض الذي شرع لأجله، وكذلك إذا لم يتحقق أي شرط من الشروط السابقة، فالنهي على هذا مشروط لا مطلق، تحريماً للمصلحة.

على أن الممعن النظر في حكمة هذا الخبر يرى أنه تحريم لضرب من الاحتكار.

والخلاصة: أن البيع بوجه عام - وكالة أو أصالة - ممارسة لحرية التجارة، وهي من الإباحات، وقد أذن فيه للفرد؛ لما يتعلق به من مصلحة خاصة حاجية، هي إرفاق أهله وأولاده بما يرفع عنهم الضيق والعسر، وقد تتعلق به مصلحة ضرورية، كما إذا توقفت حياته وحياته أسرته على هذا السعر، وأياً ما كان فقد قيد الرسول ﷺ هذه الإباحة بما يمنع الضرر عن العامة؛ لأن مصلحتهم مقدمة.

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 هو ما تقضي به نظرية التعسف.

هذا، ولا ينظر في هذه الموازنة إلى القصد؛ بل تقوم الموازنة على أمور واقعية مادية موضوعية، وهذا هو الحكم في كل حالة يقضي الشرع فيها بتقديم المصلحة العامة، كما هو الحكم في كل مصلحة خاصة مشروعة إذا لزم عنها مفسدة مساوية أو راجحة تلحق بالأفراد، أي أن المفساد الراجحة اللازمة عن الأفعال المشروعة في الأصل يمنع ما يؤدي إليها؛ ولو كانت هذه الأفعال في الأصل مشروعة، دون نظر إلى النية أو القصد، والنظر موضوعي مادي بحث كما ترى، أو بعبارة أخرى: يمنع

(١) «كشاف القناع»: (١٤٨/٣).

التسبب في ذلك ولو كان القصد شرعياً، بأن كان ينوي جلب الرزق لأهله وعياله، وهو أمر مطلوب شرعاً، وبالبداهة لا يخالف هذا التسبب الحكمة التي من أجلها شرع هذا الحق، وهو إرفاق أهله؛ ولكن هذه الحكمة تظل مشروعة إذا لم تتناقض مع المبادئ العامة للتنظيم التشريعي الإسلامي، حتى إذا تناقضت بأن تعارضت المصلحة الخاصة مع العامة مآلاً، يكتف الفعل بهذا المآل غير المشروع؛ سداً للذريعة، وهذا هو جوهر فكرة التعسف ودورها كما بينا.

ومما تقدم يتضح ما قررناه سابقاً من أن ممارسة الفعل المشروع في الأصل قد تكون على الوجه المعتاد شرعاً في ذاتها، والباعث على التصرف في حد ذاته سليماً أيضاً، ومع ذلك يمنع الفعل بالنظر لمناقضة نتيجته لمبادئ التشريع العامة، لأن الجزئي لا يتناقض مع كليّة.

وعلى هذا فلا تعلق لنظرية التعسف بالمعتاد وغير المعتاد من الاستعمال، بل تتعلق أساساً بالباعث على الفعل، أو بالنتيجة المادية التي تترتب على ذلك الفعل المشروع في ذاته، أو بهما معاً كما سيأتي تفصيله في معايير النظرية.

هذا، ولا بأس بأن نشير هنا إلى مبنى الخلاف في حكم هذا المنع، حيث قال بعضهم: إنه جائز مع الكراهة، وقال آخرون: إنه باطل.

فأصل الخلاف أن النهي لوصف مجاور منفك، هل يقتضي التحريم والبطلان، أو الكراهة فقط؟

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن هذا النهي لا يترتب عليه إلا الكراهة فقط، وهو رأي الجمهور، وخالف في ذلك أهل الظاهر وبعض الحنابلة، وذلك كالصلاة في الأرض المغصوبة، والبيع عند النداء^(١)، وبيع حاضر لباد بالوكالة عنه، ونحو ذلك؛ لأن النهي في هذه البيوع لأمر مجاور منفك عن البيع، وليس جزءاً من الاتفاق أو العقد، فكانت هذه البيوع منعقدة تترتب عليها آثارها عند الجمهور.

(١) أي النداء لصلاة الجمعة.

وذهب أهل الظاهر والمالكية وبعض الحنابلة إلى فساد هذه البيوع للنهي عنها؛ لأنها وقعت على خلاف ما يطلب الشارع؛ فكانت بوضعها الذي وجدت عليه غير مشروعة، وإذا كانت غير مشروعة لم يترتب عليها أثرها الشرعي، وربما احتجوا بما احتج به الشافعية من قوله ﷺ: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد»^(١) أي: مردود، والأمور المنهي عنها مطلقاً سواء أكان النهي لوصف ملازم، أو لوصف مجاور، ليست على هذا الوضع الذي رغب فيه الشارع، فيتناولها قوله: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد» وإذن تكون مردودة، والمردود باطل^(٢).

الدليل الثالث:

روى أبو داود في سننه من حديث أبي جعفر محمد بن علي أنه حدث سمرة بن جندب أنه كان له عذق^(٣) من نخل في حائط رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى نخله، فيتأذى به، وشق عليه، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي ﷺ، فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي ﷺ أن يبيعه، فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فقال: «فهو لي! ولك كذا وكذا» أمراً رغبة فيه فأبى، فقال: «أنت مضار»، وقال النبي ﷺ للأنصاري: «اذهب فاقلع نخله»^(٤).

وقد ورد هذا الخبر في روايات متعددة، وأدعي تواترها مع اختلافها لفظاً ومورداً^(٥). وقد أورد ابن رجب هذا الحديث يستدل به على إجبار المالك على المعاوضة، حيث كان على شريكه ضرر في شركته، وهذا نظير إيجاب الشفعة لدفع ضرر الشريك الطارئ^(٦)، وأورده تطبيقاً لحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٧).

(١) أخرجه مسلم: ٤٤٩٣، وأحمد: ٢٥٤٧٢، من حديث عائشة.

(٢) راجع كتب الأصول في باب النهي.

(٣) عذق - بفتح العين -: نخلة. مختار الصحاح.

(٤) أخرجه أبو داود، ٣٦٣٦، وانظر «الأحكام السلطانية» لأبي يعلى الحنبلي ص ٢٨٥، و«جامع العلوم والحكم» لابن رجب. وانظر الروايات المتعددة التي روى فيها الخبر ص ٢٩٦ وما بعدها.

(٥) «كفاية الأصول» في أصول الجعفرية لمحمد كاظم الخراساني: (٢/٢٦٦) طبع إيران.

(٦) المرجع السابق، وراجع «القواعد» لابن رجب أيضاً ص ١٤٧ - ١٤٩.

(٧) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس وهو حسن.

على أن الحديث، وإن كان فيه دلالة على وجوب دفع الضرر الراجع اللازم من استعمال حق الملكية (باستئصال سببه)، غير أنه يصار أولاً إلى التوفيق بين المصلحتين ما أمكن التوفيق، وذلك واضح من تقديم الرسول ﷺ الحلول المختلفة، تارة عن طريق المعاوضة من الناحية المادية، والترغيب في الثواب الأخروي من الناحية المعنوية تارة أخرى.

أما قضاؤه ﷺ باستئصال الملك، فإنما جاء كحل نهائي حاسم؛ لدفع الضرر حيث لم تُجد وسيلة أخرى ناجعة لذلك^(١).

على أن هذا القضاء من الرسول ﷺ - فيما نرى - اقتضته السياسة الشرعية، وهو وجوب دفع الضرر بأي وجه كان؛ فقد انطوى على جزاء؛ لتعسف سمرة وإصراره على الاستمرار في إيقاع الأذى بالأنصاري، فكان هذا التغليظ في العقوبة من باب سياسة التشريع الثابتة بالسنة.

أما القضاء الذي تقضيه القواعد، فهو ما تقدم ذلك من الحلول التي ترمي إلى التوفيق بين المصلحتين، دون أن يكون ثمة افتتات مصلحة على أخرى، حتى إذا كان ثمة ضرر يسير جرّاء هذا التوفيق، وجب تحمله لدفع ضرر أشد، وهذا ما أصّله ابن رجب الحنبلي في «قواعده»^(٢).

وبإمعان النظر في الحديث يبدو أن سمرة تمسك بما يخوله حق الملكية من سلطة، وهو ما يقتضيه القياس^(٣)، من أن الناس مسلّطون على أملاكهم؛ عملاً بالعمومات الواردة في هذا الشأن: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه»^(٤) وأن عقود المعاوضات خاضعة لمبدأ الرضائية ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وأن حق الملكية مصون، لا يجوز الاعتداء عليه بأي وجه: «المسلم على المسلم

(١) يقول ابن رجب في «قواعده»: فالأمر بالقلع هنا إنما كان عند الإصرار على المضارة من عدم قبول ما يدفع ضرر المالك. ص ١٤٧ - ١٤٩.

(٢) «القواعد» ص ١٤٧ - ١٥٠. (٣) المراد بالقياس القاعدة العامة.

(٤) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثري، وهو صحيح لغيره.

حرام، دمه وماله وعرضه»^(١)، غير أن حديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) قاضٍ على هذه العمومات، ومخصّص لها، لكن هذه الحكومة - أي حكومة قاعدة: «لا ضرر ولا ضرار» - على العمومات مشروطةٌ هنا - فيما يتعلق بحق الملكية - بأن يكون الضرر اللازم عن التصرف فيه أشدّ، وفي هذه الحال لا يجوز التمسك بالقياس؛ لأنه مخصص بالحديث، وهذه صورةٌ من صور دَرء التعسف في استعمال الحق.

ويَرُدُّ ابنُ القيم على من تمسك بالقياس، وهو حرية تصرف المالك في ملكه بإطلاق، دون النظر إلى اللوازم الخارجية لهذا التصرف من الأضرار الراجعة اللاحقة بالغير؛ إذ يقول: «وصاحب القياس الفاسد يقول: لا يجب عليه أن يبيع شجرته، ولا يتبرع بها، ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وإجباره على المعاوضة عليه، وصاحبُ الشرع أوجب عليه - إذا لم يتبرع بها - أن يقلعها، لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم؛ فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه»^(٣).

على أننا نلاحظ أن القضاء واردٌ في تعارض الحق الفردي مع مصلحة خاصة، أو مع حق فردي مثله، وأن الرسول ﷺ قد أوجب استئصال شأفة علة الضرر وهو بقاء الملك؛ دفعاً للضرر الأشد، أو قل: دفعاً للتعسف في استعمال الحق، وهكذا نرى أن درء التعسف يتخذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى؛ عملاً بالقاعدة المقررة في الفقه الإسلامي الضرر الأشد يزال بالأخف وهي التي أشار إليها ابن القيم في الرد على من تمسك بالقياس في صدد استعمال حق الملكية.

والواقع، أن هذا القضاء يدل بطريق فحوى الخطاب أو المفهوم الموافق على أن

(١) أخرجه مسلم: ٦٥٤١، وأحمد: ٧٧٢٧، من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٣) «الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية ص ٣١٠، و«مجلة الأحكام العدلية» مادة / ٢٧.

الحكم كذلك من باب أولى فيما إذا لزم عن استعمال الحق الفردي ضرر عام؛ لأن الضرر العام أرجح بالبدهة.

وقد أشار ابن القيم إلى ذلك حيث يقول:

«والمقصود أن هذا دليل على وجوب البيع لحاجة المشتري، وأين حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره» ويشير بذلك إلى حكم الاحتكار، وأنه المنع، والإجبار على المعاوضة بثمن المثل؛ رعاية للحقين.

ويتوسع في القياس؛ استقصاء للمصلحة التي قصدها المشرع في هذا الحكم، فيقيس المنافع على الأعيان في حكم الإجبار على المعاوضة؛ لحاجة العامة؛ دفعاً للضرر الأشد، فيقول: «والحكم في المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها كمنافع الدور والطحن، والخبز، وغير ذلك، حكم المعاوضة على الأعيان»^(١).

❖ حق الملكية الفردية وسيلة أمن وعمل:

نخلص من هذا إلى أن الحديث دليل يبين على أن الحق الفردي لا يُشرع استعماله - سلباً أو إيجاباً - إذا لزم عنه ضرر راجح بالغير، ولو كان لصاحبه غرض صحيح في هذا التصرف، ويمنع من ذلك؛ فضلاً عن أنه يَأْثُم إذا قصد الإضرار.

ويتخذ الإمام أحمد من هذا الحديث أصلاً عاماً يقاس عليه من الوقائع ما كان في معناه، فقد قال فيما رواه حنبل - بعد أن ذكر له هذا الحديث -: «كل ما كان على هذه الجهة، وفيه ضرر، يمنع من ذلك، فإن أجاب، وإلا أجبره السلطان، ولا يضر بأخيه»^(٢)، أي تتدخل الدولة في دَرء التعسف!

وبذلك يتضح أن الحق الفردي في الشريعة الإسلامية وسيلة أمن لا وسيلة ضرر، وأنه وسيلة عمل لا وسيلة عبث، أو علّة تحكّم وتعسف، وبهذا ينتفي عن الحق الفردي صفة الإطلاق؛ لأن قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» التي تشهد لها كليات في الشرع وجزيئات، والتي أرساها الرسول ﷺ تشريعاً وقضاء، قاضية على عموم سلطة المالك، فتخصصها بغير مواقع الضرر اللازم والراجح بالغير، وحديث سمرة هذا

(١) «الطرق الحكمية» ص ٣١٠.

(٢) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٧٠.

الذي روي من طرق متعددة يعضد بعضها بعضاً أصلٌ عام في هذا التقييد، حتى لا يكون الحق مطيئاً للشر.

هذا، وقاعدة «الضرر الأشد يزال بالأخف» تؤيد نظرية التعسف، وتُعتبر حلول هذه النظرية في معيارها المادي - وضابطه الموازنة - تطبيقاً لهذه القاعدة.

واتخذ العلماء من قضاء النبي ﷺ في قضية سمرة أصلاً في هذا الباب، فقالوا: «من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه، وهو تابع له، ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه، وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكة، فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكة، ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل، فالمشهور أنه ليس له تملكه قهراً؛ لزوال ضرره بالفصل»^(١).

ويتخرج على هذه القاعدة:

أن المستعير إذا غرس أو بنى في أرض المعير، ورجع المعير واسترد الأرض، وامتنع عن الضمان مطلقاً، فطلب المستعير قيمة الغراس أو البناء - وهما تابعان للأرض متميزان عنها - أجيب إلى ذلك، عملاً بقضاء رسول الله ﷺ في عرضه المعاوضة على سمرة، وإن طلب القلع وضمان النقص لم يُجِبْ^(٢)؛ لأن الرسول ﷺ عرض على سمرة المعاوضة، فلما أبى، أمر بالقلع، جزاءً على الإصرار على إيقاع الضرر.

وأيضاً، فإن تمسك المستعير بالقلع - وملكه تابع - تعسف في استعمال الحق؛ لما يعود على صاحب الأرض مالك الأصل من الضرر الأشد جرأً هذا القلع.

لا يقال: إن المستعير يضمن نقص الأرض؛ لأننا نقول: إن في إبقاء الغراس أو البناء في الأرض، وحفظ حق المستعير في القيمة؛ دفعاً لضرر أشد عن صاحب الأرض، فيَتَحَمَّلُ الضرر اللاحق بالمستعير من إجباره على المعاوضة بالقيمة في سبيل دفع الضرر الأشد اللاحق بمالك الأصل، والناشئ عن إبقاء الشركة، أو عن قلع

(١) «القواعد» لابن رجب، القاعدة السابعة والسبعون، ص ١٤٧ - ١٤٩.

(٢) المرجع السابق ص ١٥٠.

البناء أو الغراس، ولو ضمن المستعير نقص الأرض من جراء ذلك^(١)، ولا يصار إلى القسمة؛ لأنها متعذرة بدون ضرر، أما لو أمكن فصل ملك التابع دون ضرر، فيصار إليه، ولا يجبر صاحبه على المعاوضة؛ لزوال الضرر بالفصل^(٢).

هذا، وإذا كان عقد الإعارة يردُّ على تملك المنفعة مجاناً، وهو غير لازم، جاز للمعير أن يرجع ويسترد عاريته في أي وقت شاء، سواء أكانت الإعارة مؤقتة بمدة لم تنته، أو غير مؤقتة، غير أن المعير يضمن للمستعير ما يسببه له رجوعه من ضرر، في حالة استرداد العارية قبل الوقت المحدد؛ لأن المستعير مغرور من قبل المعير^(٣).

الدليل الرابع:

أولاً: عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره»... ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم. رواه الجماعة إلا النسائي^(٤).

وفي الصحيحين: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره»^(٥)، يدل الحديث على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من غرز الخشب في جداره، ويجبره الحاكم إذا امتنع، وبه قال الإمام أحمد^(٦) وإسحاق وابن حبيب من المالكية، والإمام الشافعي في القديم، وإلى هذا ذهب ابن حزم^(٧).

وعلى هذا، يجبر المالك قضاءً على تمكين جاره من الارتفاق بحائطه عند الحاجة، فمنع المالك جاره أن يرتفق بجداره حالة احتياجه إلى ذلك يعتبر تعسفاً في استعمال حق الملكية إذا لم يلزم من ذلك ضرر يبين يعود على المالك؛ لأن المنع

(١) «القواعد» لابن رجب ص ١٤٧. (٢) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٧٠.

(٣) «المدخل الفقهي العام» للأستاذ مصطفى الزرقاء: (١/٤١٨).

(٤) أخرجه البخاري: ٢٤٦٣، ومسلم: ٤١٣٠، وأبو داود: ٣٦٣٤، والترمذي: ١٣٥٣، وابن ماجه: ٢٣٣٥.

انظر «نيل الأوطار» للشوكاني: (٥/٢٥٦-٢٦٠) وانظر الروايات المتعددة التي روي فيها هذا الحديث.

(٥) أخرجه البخاري: ٢٤٦٣، ومسلم: ٤١٣٠، وأحمد: ٩٩٦١، من حديث أبي هريرة. وانظر «جامع

العلوم والحكم» ص ٢٧١.

(٦) «كشف القناع»: (٣/٣٤٢)، و«القواعد» لابن رجب ص ١٩١، و«نيل الأوطار»: (٥/٢٦٠).

(٧) «المحلى»: (٨/٢٤٢)، مسألة ١٣٥٨.

عندئذٍ مَظَنَّة قصد الإضرار، أو العبث؛ إذ المفروض أن تصرف المالك في هذه الحال دون مصلحة يستجلبها، أو مفسدة يدفعها، والقصد إلى الإضرار ممنوع^(١)، والعبث لا يشرع^(٢).

ويعتبر المالك متعسفاً كذلك إذا ترتب على الارتفاق ضرر تافه لا يتناسب البتة مع ضرر الجار المحتاج، بمنعه من الارتفاق؛ لأنه من الممكن أن يقوم المرتفق بإصلاح هذا الضرر التافه؛ ولأن المنع مع هذا الضرر التافه يمكن أن يتخذ قرينة على قصد الإضرار.

أما إذا كان الضرر بيئياً فاحشاً، بحيث يفضي الارتفاق بالجدار إلى الوهن أو السقوط؛ فلا يجوز حينئذٍ؛ إذ لا يجب على المالك أن يتحمل ضرراً فاحشاً لدفع الضرر عن الجار؛ لأن ذلك يتنافى وقصد الشارع من تقرير حق الملكية؛ فقد شرع أصلاً لمصلحة المالك، ولم يشرع ليكون مجلبة لأضرار فاحشة تعود عليه، ومناقضة الشرع باطلة، هذا وجه.

ووجه آخر، هو أن حديث «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) قاضٍ على الوجوب في هذه الحالة؛ إذ ليس نفي مشروعية الضرر عن الجار، بمنعه من الارتفاق بملك جاره، بأولى من نفي مشروعية الضرر الفاحش عن المالك، بسبب إجباره على أن يرتفق غيره بملكه؛ إذ ينقلب الجار حينئذٍ متعسفاً في استعمال حق الارتفاق هذا، ولا يُدْرَأُ التعسف بتعسف مثله.

على أن مقصود الجار من الارتفاق بجدار المالك لا يتم إذا وهن أو آل إلى السقوط.

ولكن الحديث - كما ترى - مطلق، غير أنه يمكن أن يقال: إن حديث «لا ضرر ولا ضرار» إذا ورد قيداً على المالك في استعمال حق ملكيته بمنع الضرر عن الجار، فكذلك يرد قيداً على استعمال حق الجار في الارتفاق بملك جاره، بألا يترتب على

(١) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢) «منية الطالب في حاشية المكاسب» في أصول الجعفرية ص ٢٢٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

ذلك ضرر بين بالمالك^(١)، وإلى هذا ذهب الإمام الشافعي والحنابلة وغيرهم من القائلين بالإيجاب.

وعلى هذا، فارتفاق الجار بملك جاره، إما أن لا يترتب عليه ضرر بالملك المرتفق به، وحينئذ لا يجوز المنع؛ لأنه محض تعسف، وإما أن يترتب على ذلك ضرر، فتجري الموازنة، وعلى ضوء نتيجتها يحكم بالوجوب أو المنع؛ توكفاً من التعسف من أي من الجانبين؛ وتحقيقاً لمقصد الشرع.

على أن ارتفاق الجار بحائط جاره لا يعرى عن نوع ضرر عادة عند فتح الجدار؛ لغرز الجذوع وما أشبه، إلا أنه ضرر تافه أو قليل لا يتناسب مع ضرر الجار المحتاج إلى تسقيف بيته مثلاً، ومن مقتضى العدل أيضاً أن يتوقى من يريد الغرز الضرر قدر الإمكان، كما يجب عليه إصلاحه إذا وقع.

هذا، واعتبار حاجة الغازر إلى الغرز أمر لا بد منه؛ لأنه إنما أبيح الارتفاق بملك الغير جبراً عليه - وهو أصلاً محرمٌ - لهذه الحاجة، فكما لا يجوز للمالك أن يمنع جاره من الارتفاق بملكه لقصد الإضرار أو العبث؛ فكذلك لا يجوز للجار أن يستعمل حقاً وضعه الشارع في يده لغير مصلحة^(٢)؛ لأن هذا تعسف، والتعسف ممنوع بكل صوره، ويجب حمل الحديث على هذا، وإن جاء في ظاهره مطلقاً من كل تقييد؛ لأن نظرية التعسف حاکمة على جميع الحقوق في الشريعة. وإلى هذا ذهب الحنابلة^(٣).

وجاء في «نيل الأوطار»: وأما اعتبار حاجة الغازر فأمر لا بد منه.

وقد ذكرنا قبلاً أن نظرية التعسف - بما تفرض من قيود على استعمال الحق، توكفاً من مناقضة مقاصد الشرع - تقتضي من المجتهد تقييد النص المطلق، أو تخصيص العام، أو الاستثناء من القياس العام إذا اقتضى الحال ذلك؛ توكفاً لمقصد الشارع، وعدم اعتسافه، وتقييد إطلاق الحديث الذي نحن بصدد البحث فيه من هذا القبيل.

(١) «نيل الأوطار»: (٥/٢٦١)، و«جامع العلوم والحكم» ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢) «نيل الأوطار»: (٥/٢٦١).

(٣) «القواعد» لابن رجب ص ٣١.

أما وجهة من تمسك بإطلاق الحديث، ولم يقيده بحاجة الجار، فهي أن حكم الحديث جاء للمصلحة العامة، فلا يشترط تحقق الحكمة في كل فرد، أو ثبوت المصلحة في كل حادثة، نظير ذلك مشروعية الشفعة^(١)، وهذا الرأي في نظري مرجوح؛ لما ذكرت من وجوب درء التعسف من الجانبين، وهو ما تقتضيه قواعد العدالة، ويتفق وروح الشريعة، وفي هذا رد على ابن عقيل من الحنابلة الذي تمسك بإطلاق الحديث.

على أن القياس مع الفارق؛ إذ لا ضرر على البائع في الشفعة؛ لأنه يأخذ ثمن عقاره غير منقوص، أما في ارتفاق الجار بملك جاره، فلا يعرى عن نوع مضرة كما ذكرنا، كما لا يتقاضى المالك نظير ذلك ثمناً ولا تعويضاً، وقضى الشارع الحكيم بأن يتحمل هذا الضرر مراعاة لحق جاره لحاجته، ويتنافى وحكمة الشارع أن يكون هذا الحكم على ما يلزم منه من مضرة ومخالفة للقياس دون مبرر شرعي يقتضيه.

ولذا رأينا الإمام الشافعي في أحد قوليه يقيد حق الارتفاق هذا بمنع الضرر البين عن المالك، وهذا الرأي في نظري أجدر بالاعتبار، وألصق بقواعد الشريعة^(٢) وروحها.

وذهب الحنابلة^(٣) إلى هذا التقييد أيضاً؛ لأن مطلق الضرر لا يوجب المنع من الارتفاق للأسباب الآتية:

الأول: أن هذا الارتفاق لا يعرى عن نوع ضرر عادة، واعتبار مطلق الضرر في المنع يُعطل العمل بالحديث.

(١) «المغني»: (٢١٠/٥)، و«كشف القناع»: (٣/٣٤٢).

(٢) «نيل الأوطار»: (٢٦٠/٥) وما بعدها.

(٣) «كشف القناع»: (٣/٣٤٢)، و«المغني»: (٢٩/٥)، و«جامع العلوم والحكم» ص ٢٧١، و«القواعد» لابن رجب ص ٣١ و ١٩١. انظر إلى قول ابن رجب في كتابه الجامع: «فإن كان ذلك - أي الارتفاق - يضر بمن انتفع بملكه، فله المنع، كمن له جدار واه لا يحمل أن يطرح عليه خشب» وبه قال الإمام الشافعي كما ذكرنا، وعبد الملك بن حبيب المالكي ص ٢٧١.

الثاني: أن في تقييد الحديث على النحو الذي بينا رعايةً للمصلحتين، وإعمالاً لحديث «لا ضرر ولا ضرار»^(١) وهو كما تقدم قاعدة عامة في الدين.

الثالث: أن نظرية التعسف حاکمة على الحقوق كلها، فحيثما تحقق أي من معاييرها، وجب تطبيقها؛ لقيام الأدلة على ثبوتها من الكتاب والسنة، وفقه الصحابة، وقواعد الشريعة العامة.

❖ رأي القائلين بالنذب

وذهب الحنفية والهادوية ومالك والشافعي في أحد قوليه إلى أنه يشترط إذن المالك، ولا يُجبر صاحب الجدار إذا امتنع، وحملوا النهي على التنزيه؛ جمعاً بينه وبين الأدلة القاضية بأن الناس مسيطون على أموالهم، من مثل قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه»^(٢).

ويتجه على هذا الرأي أن الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقاً، فيبنى العام على الخاص كما هو مقرر في علم الأصول.

قال البيهقي: «لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم، إلا عمومات لا يستنكر أن يخصها»^(٣).

ويقول الخطابي في قول أبي هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم معناه: «إن لم تقبلوا هذا الحكم وتعملوا به راضين؛ لأجعلنها - أي الخشبة - على رقابكم كارهين، أراد بذلك المبالغة»^(٤).

ومن قال: إن النهي للتنزيه، حمل قول أبي هريرة هذا على توبيخ من كان يترك إباحة ذلك لجاره، ويشع بحقه، ويترك الأخذ بما ندب النبي ﷺ ورغب فيه^(٥).

(١) أخرجه: ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٢) أخرجه أحمد: ٢١٠٨٢، من حديث عمرو بن يثربي، وهو صحيح لغيره. وانظر «نيل الأوطار»: (٢٦٠/٥).

(٣) «نيل الأوطار»: (٢٦٠/٥). (٤) المرجع السابق.

(٥) «المنتقى على الموطأ»: (٤٣/٦). يلاحظ أن الإمام مالك رحمه الله خالف قياسه في تقييد حق الملكية بما يمنع الإضرار عن الغير في هذه المسألة.

والخلاصة:

أن المالك يجبر على تمكين جاره من الارتفاق بملكه عند الحاجة إذا لم يتضرر، ويجبر كذلك إذا لحقه ضرر يسير على ما هو الراجح؛ فلا يحل له منعه؛ لقوله ﷺ: «لا يمنعن أحدكم..» الحديث كما رود في الصحيحين^(١) هكذا بلفظ التأكيد؛ ولعبارة أبي هريرة رضي الله عنه القَسَمِيَّة التي تؤكد وجوب التمكين والإجبار، وليس من صارف عما يفيد النهي من التحريم إلا العمومات التي يتمسك بها في إطلاق حق المالك في التصرف بملكه، وصيانتها عن تعرض الغير له، أو مشاركته في منافعه؛ ولكن هذا الحديث - وقد ورد في روايات متعددة - خاص، فيبنى العام عليه، كما هو مقرر في علم الأصول.

وأيضاً فإن حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) الذي ورد في بعض روايات حديث أبي هريرة هذا، يخص تلك العمومات. على أن وجوب الإجبار مقيدٌ بأمرين: الأول: ألا يلحق بالمالك ضررٌ بين، بأن يؤهّن طرْحُ الخشب جداره، أو يسقطه إذا كان واهياً.

الثاني: بحاجة الغازز إلى الانتفاع بحائط جاره. وهذا التقيد اقتضاه درء التعسف من الجانبين.

هذا، وفي الحديث دليلٌ بينٌ على مبلغ التضامن الاجتماعي الذي يوجبه التشريع الإسلامي، وعلى أن حق الملكية قد أُلقيت عليه التزامات سلبية وإيجابية، فهو مقيد من الناحية السلبية، بمنع المالك عن الإضرار بغيره، كما هو مقيد من الناحية الإيجابية؛ إذ المالك مجبرٌ على تمكين غيره من الانتفاع بعقاره، ولا يحل له منعه إذا لم يلحقه من ذلك ضررٌ بين.

وبهذا التقيد يتضح أن هذا الحديث يعتبر أصلاً من أصول التعسف.

(١) أخرجه البخاري: ٢٤٦٣، ومسلم: ٤١٣٠، وأحمد: ٩٩٦١، من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

الدليل الخامس :

وعن عروة بن الزبير، عن عبد الله بن الزبير أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج^(١) الحرة^(٢) التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سَرَّحَ الماءَ يَمُرُّ، فأبى عليه، فاختصما عند رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري، فقال: يا رسول الله! أن كان ابن عمتك؟! فتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: «يا زبير اسق! ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» قال: فقال الزبير: والله إنني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا سَلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥]^(٣).

وعن ثعلبة بن أبي مالك قال: قضى رسول الله ﷺ في سيل مهزوز: «الأعلى فوق الأسفل، يسقى الأعلى إلى الكعبين، ثم يرسل إلى من هو أسفل منه»^(٤).

يدل الحديث على ما ينبغي أن تكون عليه العلائق بين الملاك المتجاورين في الأراضي الزراعية من التسامح، ضماناً للاستثمار الزراعي وتنميته، ووجه الاستدلال ظاهر من قول الرسول ﷺ للزبير:

«اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك» فقد حاول الرسول ﷺ أن يحمل الزبير على التسامح في حقه، بأن يسقي أرضه سقياً خفيفاً، ثم يرسل الماء قبل أن يبلغ الكعبين، أي قبل أن يستوفي الزبير حقه العادل، وهذا يؤكد ما قرناه قبلاً من أن الشريعة الإسلامية تحث - فيما يتعلق باقتضاء الحق - على تجاوز العدل إلى التسامح والفضل^(٥)، فضلاً عن التكافل الاجتماعي في الاستثمار والتنمية الزراعية.

(١) الشراج جمع شَرْج، وهو النهر الصغير.

(٢) الحرة: أحجار سود، والحرة اسم مكان قرب المدينة المنورة.

(٣) أخرجه البخاري: ٢٣٥٩، ومسلم: ٦١١٢، وأحمد: ١٦١١٦، من حديث عبد الله بن الزبير.

(٤) أخرجه ابن ماجه: ٢٤٨١، وانظر المرجع السابق ص ١٩٥.

(٥) راجع «الدعامة الخلقية في الفقه الإسلامي».

وبذلك يكون الرسول ﷺ قد حاول دفع الضرر - ولو يسيراً - حين لم يؤذ صاحب الحق.

ولكن لما اتَّهِمَ الرسولُ ﷺ بالمحاباة ظلماً، قرر ما هو الحق الفاصل في هذه المسألة، وهو الحكم العادل، بأن يسقي الزبير أرضه حتى يبلغ الماء إلى الكعبين؛ وبهذا أخذ الإمام مالك.

كما يدل الحديث على أن الحق في الماء لمن سبق، يأخذ منه الأعلى أولاً، وقد ورد تقديره في خبر ثعلبة، بأن يكون إلى الكعبين، وهذا بيّن.



المبحث الثالث

أدلة النظرية

من فقه الصحابة

الدليل الأول:

روى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجاً^(١) له من العريض^(٢)، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له الضحاك: لِمَ تمنعني وهو لك منفعة؟ تشرب به أولاً وآخرأ ولا يضرك، فأبى محمد، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب، فدعا عمر محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلي سبيله، قال محمد: لا، فقال عمر: والله لَيَمُرَنَّ به ولو على بطنك. فأمره عمر أن يمرّ به، ففعل الضحاك^(٣).

وروى مالك عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه أنه قال: كان في حائط جده ربيع^(٤) لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فمنعه صاحب الحائط، فكلّم عبد الرحمن بن عوف عمر ابن الخطاب في ذلك، ففضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله^(٥).

❖ ما يدل عليه قضاء عمر رضي الله عنه في المسألتين:

وقضاء عمر في المسألتين دليلٌ على ثبوت حقوق الارتفاق لأصحاب الأراضي الزراعية المتجاورة بعضهم قَبْلَ بعض، من حق إمرار الماء في أرض الغير، أو

(١) الخليج: النهر الصغير.

(٢) العريض: واد بالمدينة.

(٣) «المتقى على الموطأ»: (٤٧/٦).

(٤) الربيع: الجدول، النهر الصغير.

(٥) «المتقى على الموطأ»: (٤٧/٦).

استطرقها، وإذا امتنع صاحب الأرض التي يراد الارتفاق بملكه، اعتبر متعسفاً في استعمال حقه، ويجبر على التمكين، ما لم يلحقه ضرر بين غير يسير، عملاً بقضاء عمر عليه السلام الذي ورد في الروایتين السابقتين.

وإلى هذا ذهب أبو ثور والإمام أحمد ومالك في رواية عنهما^(١).

أما الرواية الأخرى القائلة بعدم الإجبار، فعمدتها في ذلك أنه تصرف في أرض الغير بدون إذنه، فلا يجوز - وهو القياس - كما لو لم تدع إلى ذلك حاجة، ولأن مثل هذه الحاجة لا تبيح الارتفاق بملك الغير جبراً عنه^(٢)؛ لأنه محض تعد، وإلى هذا ذهب مالك في رواية عنه، وأحمد بن حنبل^(٣) في رواية أيضاً، والحنفية.

وظاهر أن قضاء عمر عليه السلام 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، عوناً لكل مزارع على أن يستثمر أرضه ويستغلها بأيسر سبيل، وفي هذا تعاون على الخير المشترك: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]، وهو تعاون مفروض لتحقيق الصالح العام في رفع سوية الاقتصاد الزراعي استثماراً وتنمية.

فحرية التصرف في الملك - سلباً وإيجاباً - وإن كانت هي الأصل، إلا أنها يجب أن تمارس على وجه لا يُلحق ضرراً راجحاً بالغير، فلا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه على وجه يضر بغيره من الفرد أو المجتمع دون أن يجني من تصرفه السلبي هذا منفعة من جلب مصلحة أو درء مفسدة، أو بعبارة أخرى: دون أن يقصد إلى غرض صحيح.

على أن إجباره على تمكين غيره من الارتفاق بملكه عند الحاجة، مشروط بآلاً يلحقه هو من ذلك ضرر بين، فامتناعه عندئذ محض تعسف، أما إذا لحقه نفع وامتنع،

(١) «المغني»: (٤/٤٩٤)، و«جامع العلوم والحكم» ص ٢٧١، و«المنتقى على الموطأ»: (٤٥/٦ - ٤٦).

(٢) المرجع السابق.

(٣) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٧١.

فهو في أعلى مراتب التعسف؛ لأنه مانع للخير عن نفسه وغيره؛ ولذا أقسم عمر رضي الله عنه في قضائه بقوله: والله لَيَمُرَّنَّ به ولو على بطنك، مبالغته منه في الاستنكار لهذا النوع من التعسف، وتأكيده للإجبار على درئه.

أما ما روي عن الإمام مالك من القول بعدم جواز إجباره، مخالفاً بذلك قضاء عمر رضي الله عنه، فقد ذكرنا قبلاً أنه خلاف عصر وزمان لا حجة ولا برهان، يدل على هذا ما جاء من تعليل لرأيه: «ولكن فسد الناس، واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جري الماء، وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك... إلخ».

فالإمام مالك - كما هو واضح - يخشى الادعاء الباطل بملكية رقبة المجري من الأرض المرتفق بها بمضي الزمن، فمنع الارتفاق لهذا الضرر الأشد.

وتأسيساً على هذا النظر، يمكن القول بأن شؤون العقارات إذا نظمت في سجلات، كما هو الشأن في زماننا، بحيث لا يكون ثمة وجه لهذه الخشية، أو هذه المَظَنَّة من المفسدة، فإن الحكم في هذه المسألة يكون بجواز الإجبار، تخريجاً على مذهبه.

هذا، وقد روى زياد بن عبد الرحمن رأياً آخر للإمام مالك:

«أنه إن لم يضر به - بمالك الأرض التي يريد الجار الارتفاق بها - فليقض عليه بمرور في أرضه، وإن أضر به، منع من ذلك»^(١) وهذا هو قياس مذهب الإمام مالك^(٢).

الدليل الثاني:

اجتهاد عمر رضي الله عنه في مسألة التزوج بالكتائبيات الأجنبية:

(١) «المنتقى»: (٤٥/٦).

(٢) انظر في تقييد حق الملكية عند الإمام مالك بما يمنع الضرر عن الجار في مسائل حفر الآبار، وفتح الكوى، وحق المرور للجار في أرض جاره، للوصول إلى أرضه، وحق إمراره الماء في أرض الجار لسقي أرضه «المدونة»: (١٩٦/١٥ - ١٩٧)، و«البهجة شرح التحفة» للتسولي: (٢/٢٣٥) وما بعدها، و«القوانين الفقهية» لابن جزي ص ٣٤١.

روى الإمام الطبري في تاريخه^(١): «أنه بعد أن انتصر المسلمون على الفرس في موقعة القادسية، لم يجد رجالهم نساءً مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد الفارسية، فأرغمتهم الضرورة على الزواج من نساء كتابيات، وبعد حين كثرت النساء المسلمات، وزالت تلك الضرورة، فبعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بن اليمان الذي كان والياً على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها:

بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب، وذلك ما لا أرضاه لك، فطلقها، ولا تبقيها في عصمتك...

فكتب إليه حذيفة: أحلال هذا الزواج أم حرام؟ ولماذا تأمرني بطلاق هذه المرأة الكتابية، لن أطلقها حتى تخبرني؛ فكتب إليه عمر بن الخطاب: هذا الزواج حلال؛ ولكن في نساء الأعاجم خلافة وخداعاً، وإنني لأخشى عليكم منه»^(٢).

فإباحة التزويج بالكتابية حكم شرعه الله في كتابه الكريم، يقول تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْنَهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصَيْنَ غَيْرَ مُسَفِّحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ﴾ [المائدة: ٥].

ولكننا نرى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ينهى عن ذلك في بعض الظروف؛ دفعاً لمفسدة عظيمة تترتب على هذا المباح، فيمنعه حمايةً للصالح العام، بإبعاد نواب الخليفة أولاً عن خداع الأجنيات لهم، أو إبعاد وقوع الفتنة بين المسلمات اللواتي يكثر عددهن، وينصرف رجال المسلمين عنهن؛ لجمال الكتابيات، وكلاهما ضار بالمصلحة العامة^(٣)، وتسبب في إفساد المجتمع الإسلامي.

وفي رواية نقلها الجصاص: أن حذيفة تزوج يهودية؛ فكتب إليه عمر: «أن خلّ سبيلها، فكتب إليه حذيفة: أحرام هي؟ فكتب إليه عمر: لا؛ ولكني أخاف أن تواقعوا المومسات منهن، يعني العواهر»^(٤).

(١) «تاريخ الطبري»: (١٤٧/٦).

(٢) «تاريخ الطبري»: (١٤٧/٦).

(٣) «تعليل الأحكام» للأستاذ الشيخ مصطفى شلبي ص ٤٣.

(٤) راجع «البدائع»: (١٨٧/٣ - ١٨٨)، و«فتح القدير»: (١٣٥/٣).

وروى هذا الأثر الإمام محمد في كتابه «الآثار»، عن إبراهيم عن حذيفة أنه تزوج يهودية بالمدائن، فكتب إليه عمر: «أَنْ خُلَّ سَيْلُهَا، فَكُتِبَ إِلَيْهِ أَحْرَامٌ هِيَ...؟ إلخ».

فهذه الروايات تفيد أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه ضررٌ عام، سواء أكان ذلك في مواجهة المومسات منهن، وفي هذا ضرر لا يخفى، أم في تتابع رجال المسلمين في الزواج من الكتابيات رغبة في جمالهن، فتترك المسلمات بلا أزواج، فيقعن فيما حرم الله، وهذه مفسدة عظيمة لم يشرع نكاح الكتابيات من أجلها.

ولا شك أن هذه المفسدة تناقض الحكمة التي من أجلها أُبيح التزوج بالكتابيات^(١)، وهي إزالة ما يعمر قلوبهم من كراهية للإسلام، ووحشة منه، عن طريق التزوج بالمؤمنين؛ ليكونوا القدوة العملية لهن في سمو الخلق، وعزة الإيمان، واستقامة النفس، فإذا كان يؤدي هذا الزواج - في بعض الظروف - إلى نقيض هذه الحكمة بالنسبة للمجتمع الإسلامي، بأن يصبح التزوج بالكتابية - في غالب الأمر - من أجل التخلق بأخلاقها هي، وتقليدها، واعتبارها المثل الأعلى في كل تصرف؛ فإنه يمنع؛ لمناقضة قصد الشارع، وهو التعسف بعينه، وهذا الفقه من عمر رضي الله عنه يؤكد أصل النظر في مآلات الأفعال - الواقعة أو المتوقعة - واعتبارها شرعاً.

أو بعبارة أخرى: إن هذا الحكم الذي قضى به عمر رضي الله عنه هو الفقه العميق لمقصد الشارع من تشريع الحق، وذلك بإدارة الإذن أو المنع في الفعل على ضوء من مآله إلى موافقة قصد الشارع، أو مناقضته إياه.

وهذا هو الاجتهاد الذي يجب اتباعه في هذه المسألة في أيامنا هذه بالنسبة إلى بعثات السلك الدبلوماسي العربي والإسلامي - بوجه خاص - في البلاد الأجنبية^(٢) غير الإسلامية، حفظاً لمصلحة الدولة، ومنع تسرب أسرارها عن طريق التزوج بالأجنبيات؛ لأن هذه النتيجة لم تكن هي الحكمة التي من أجلها شرع نكاح الكتابيات.

(١) راجع كتاب الآثار ص ٧٥.

(٢) راجع رأي الأستاذ الشيخ محمود شلتوت «تفسير القرآن الكريم» ص ٣٠٥ - ٣٠٦.

على أنه في النطاق الداخلي للدولة الإسلامية، إذا كان التزوج بالكتابات الأجنبية يؤدي في الكثير الغالب - بدافع عقدة من نقص تساور نفوس بعض الرجال العرب أو المسلمين؛ لاعتبارهم الكتابات الأجنبية من طراز سام من الخلق والرفي والحضارة يؤدي - إلى التخلق بأخلاقهن، واتخاذهن القدوة العملية لهم ولأولادهم في السلوك الاجتماعي، والنظر إلى الحياة، وجب ألا يشرع كذلك؛ لأنه يناقض - في باعته أو مآله على هذا الوجه - مقصد الشرع من هذه الإباحة، وهو أن يكون المسلم قدوة عملية لها في معتقده وسلوكه الإسلامي، بتجسيم فكرة الإسلام وتعاليمه ومثله عن طريق ذلك السلوك، حتى ترى الكتابية صورة الإسلام في شخص زوجها المسلم ماثلة، وبذلك يزول ما في نفسها من وحشة نحو هذا الدين الجديد.

والواقع، أن الممعن النظر في فقه عمر رضي الله عنه في منع المباح هنا، يرى أنه يدفع بذلك المناقضة بين المصلحة الجزئية المشروعة في ذاتها - وهي مصلحة حذيفة في التزوج من الكتابية - والصالح العام.

ويقين الأمر أن حذيفة - وهو الصحابي الجليل - لم يكن ليقصد إلا ما قصده الشرع، غير أن عمر رضي الله عنه رأى أن هذا ضرب من التعسف؛ لأن الحق الفردي لا يشرع استعماله - ولو قصد فيه المصلحة التي شرع من أجلها الحق - إذا كان متناقضاً بحسب المآل مع التنظيم التشريعي الإسلامي العام، وقواعده العامة، بقطع النظر عن الباعث أو القصد الشخصي.

يرشدنا إلى هذا ما أشار إليه عمر رضي الله عنه في بعض الروايات، من أن ذلك سيفضي إلى الانصراف عن النساء المسلمات، فيترك بلا أزواج، وفي هذا مفسدة أي مفسدة، فمنع استعمال هذا الحق؛ نظراً إلى هذا المآل الذي يناقض روح الشريعة وقواعدها العامة، من تقديم الصالح العام على المصلحة الفردية، وبذلك يتضح لنا المعنى الاجتماعي للحق الفردي، بما تقرر في الشريعة من قواعد تقيم التوازن في هذا الحق بين عنصريه: الفردي والجماعي، وهو ما تضطلع به نظرية التعسف.

❖ هذا التبديل في الحكم ليس نسخاً:

لا يقال: إن هذا الحكم من عمر رضي الله عنه يعتبر نسخاً للآية الكريمة، لأننا نقول: إن الآية لم تنسخ، إذ لا نسخ بعد الرسول ﷺ، ونكاح الكتابية مشروع أصلاً في القرآن الكريم، ولكن يتوقف العمل بحكمه بالنظر إلى مآله في كل ظرف يؤدي إلى مفسدة راجحة؛ لأن مشروعيته ليست مقصودة لذاتها؛ بل شرعت لمصالح قصدها الشارع؛ فإذا كان العمل بمقتضى هذه المشروعية - في ظرف ما - يؤدي إلى ضرر عام - واقع أو متوقع - منع في هذه الحال؛ عملاً بما يوافق روح الشريعة ومقاصدها في الخلق، حتى إذا تبدل ذلك الظرف، عادت إلى هذا النكاح مشروعيته؛ إذ لم يعد يفضي إلى ذلك المآل الممنوع، وليس كذلك النسخ؛ لأن النسخ انتهاء أمد العمل بالحكم، وهو من حق الشارع الحكيم وحده، ولا يجوز العود إلى العمل بالحكم المنسوخ مطلقاً في أي ظرف كان، لأنه إلغاء للحكم أصلاً.



الطلاق التعسفي توريث المبتوتة في مرض الموت

الدليل الثالث :

فتوى عثمان بن عفان رضي الله عنه في توريث المبتوتة في مرض الموت^(١)؛ لأن الطلاق في هذه الحالة مَظَنَّةُ الفرار من توريثها، أي: مَظَنَّةُ القصد إلى حرمانها من حقها في الإرث.

اختلف الفقهاء في توريثها على أقوال، ولا يرجع اختلافهم في هذه المسألة إلى نصوص من كتاب أو سنة؛ إذ لم يرد فيها آية ولا حديث عن رسول الله ﷺ، وإنما مرد ذلك إلى اختلافهم في النظر والاجتهاد، وإلى اختلاف ما نقل في ذلك من آراء عن أصحاب رسول الله ﷺ أو تابعيهم، في وقوع الطلاق أو عدم وقوعه، وفي ثبوت التوارث مع وقوعه أو عدم ثبوته، ففي دعوى الإجماع على توريثها التي يزعمها ابن القيم في إعلامه نظر، فإن خلاف ابن الزبير مشهور^(٢).

ويقول ابن جُزَيٍّ في قوانينه^(٣): «إن طلاق المريض نافذ صحيح اتفاقاً» ثم يسرد آراء الأئمة في توريث المبتوتة منه.

والواقع أن هناك من قال بعدم وقوع طلاق المريض هذا، فمذهب الحسن^(٤) أن الطلاق ليس بواقع، وهما زوجان يتوارثان إن مات الزوج في مرضه ذلك أو ماتت هي في مرضه.

(١) وهو رأي عمر وعلي وأبي بن كعب وسائر البدرين. «فتاوى ابن تيمية»: (١٤٣/٣).

(٢) طلق عبد الرحمن بن عوف - وهو في مرض موته - زوجته تماضر بنت الأصبع الكلبية طلاقاً باتاً، ثم مات وهي في العدة، فقضى عثمان بن عفان رضي الله عنه بتوريثها منه. «بداية المجتهد»: (٦٨/٢)، و«إعلام الموقعين»: (١٢٦/٣ و ١٤٢)، و«فتح القدير»: (١٥١/٥).

(٣) «القوانين الفقهية» لابن جُزَيٍّ ص ٢٢٢.

(٤) «فرق الزواج» للأستاذ الشيخ علي الحفيف ص ٨٤ ص ٨٥.

ومذهب الأئمة الأربعة أن الطلاق واقع، غير أن الخلاف في توريثها، فمذهب الإمام الشافعي أن لا توارث بينهما مطلقاً إعمالاً للسبب - وهو الطلاق البات - من كل وجه، وهذا هو القياس، أي القاعدة العامة.

ومذهب الحنفية أنها ترثه ما دامت في العدة.

وقال ابن حنبل: ترثه ما لم تتزوج^(١)، واشترط في ميراثها ثلاثة شروط:

أحدها: أن لا يصحَّ من ذلك المرض.

الثاني: أن يكون المرض مخوفاً يحجر عليه فيه.

الثالث: أن يكون الطلاق منه لا منها، ولا بسببها.

ومذهب الإمام مالك توريثها منه ولو انقضت عدتها؛ بل ولو تزوجت من غيره، وسواء أكان الطلاق منه أم منها أم بسببها، وسواء أقصد حرمانها أم لم يقصد؛ اكتفاء بهذه المَظَنَّة - وهي مرض الموت - التي يُقيمها مقام المِثْنَة، وهذا نظر موضوعي لا ينظر إلى الصور في أحادها؛ بل في مجموعها؛ تطهيراً للمجتمع من الفساد.

وليس هذا مقام بيان توجيهات أحكام الأئمة في هذا الموضوع؛ وكفينا هذا القدر المتفق عليه من الجمهور، وهو توريث المبتوتة من زوجها الذي طلقها باتاً في مرض موته؛ معاملته له بنقيض قصده؛ ودرءاً لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حق الطلاق.

ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج ليتخذه وسيلة إلى الإضرار بزوجه وحرمانها من حقها في الإرث، فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها، عومل بنقيض قصده، محافظة على حقها، ودفعاً للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مَظَنَّة هذا القصد، وقرينة عليه.

ويقول صاحب «بداية المجتهد»^(٢): «سبب خلاف الأئمة اختلافهم في وجوب

(١) ذهب الجعفرية إلى أنها ترث مدة سنة من تطليقها. «الخلاف»: (٤٥٦/٢).

(٢) «بداية المجتهد»: (٦٨/٢ - ٦٩)، و«القواعد» لابن رجب ص ٣١٩، و«القوانين الفقهية» ص ٢٢٢.

و«أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية» للأستاذ الشيخ عمر عبد الله ص ٤٤٦.

العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يُتَّهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته؛ ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع، ولحظ وجوب الطلاق، لم يوجب لها ميراثاً، وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع، فيجب أن يقع بجميع أحكامها؛ لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها.

فنحن نرى أن ابن رشد يجعل تلازماً بين إعمال الباعث وسد الذرائع، وأعني بالباعث القصد أو مظهره، فمن لم يُعْمَلِ الباعث لا يقول بسد الذرائع، وعلى هذا يقع الطلاق، ويمنع التوارث، كما هو مذهب الشافعي.

والواقع أن القول بمبدأ سد الذرائع لا يوجب القول بالباعث، فقد يأخذ إمام بحكم هذا المبدأ في جزئية كما في تحريم سب آلهة المشركين إذا علم أو غلب على الظن أن ذلك مُفَضِّلٌ إلى أن يحمل المشركين على سب رب العالمين سبحانه، فهذا أخذ بسد الذريعة، وقال به من لم يقل بالباعث^(١)، فالتلازم - كما ترى - منفك.

والواقع أن تطبيق مبدأ سد الذريعة هنا للحيلولة دون تنفيذ الباعث غير المشروع لدى المريض مرض الموت على تطليق زوجته، وهو قصد حرمانها من حقها في الإرث، يقضي بعدم وقوع التصرف الذي اتخذ وسيلة إلى ذلك، أي بعدم وقوع الطلاق؛ لكننا رأينا جمهور الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب يقولون بوقوع الطلاق؛ فلم يؤثر الباعث غير المشروع في التصرف، كما هو مقتضى مبدأ سد الذريعة.

وعلى هذا يمكن القول بأن توريث المبتوتة في مرض الموت كان ضمن دائرة إعمال الباعث غير المشروع في أثر التصرف لا التصرف نفسه؛ وهو جزاء فرضه المشرع، أساسه العمل بالمصلحة ودفع المفسدة وهو الحرمان من الإرث الذي هو حق الزوجة؛ وأنتجه إعمال الباعث غير المشروع في أثر التصرف الذي كان غاية لذلك الباعث.

(١) نقصد بالباعث هنا القصد الدافع الذي لم يفصح عنه عبارة، بل قامت القرائن على ثبوته، فهذا هو الذي اختلف الأئمة في الأخذ به وإعماله في التصرفات، أما إذا أفصحت عنه العبارة، فإن إعماله محل اتفاق.

ومما يؤكد صحة هذا النظر أن ابن رشد نفسه يرى أن من العسير على أصحاب القول بتوريثها إجابة المخالفين القائلين بالقياس، أي بإعمال الباعث من جميع الوجوه حتى في أصل التصرف وهو الطلاق، وهذا القياس قاض بأن الطلاق إذا وقع، وقع من كل وجه، كما هو مذهب الشافعي.

يقول ابن رشد: «لأنه يعسر أن يقال: إن في الشرع نوعاً من الطلاق، توجد له بعض أحكام الطلاق؛ وبعض أحكام الزوجية، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح؛ لأن هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع»^(١).

وهل العمل بمقتضى مبدأ سد الذريعة، مما يعسر القول به في الشرع؟ فكيف نرُدُّ إذن اختلاف الأئمة إلى اختلافهم في وجوب سد الذريعة؟

غير أنه يمكن أن يُقال: إن الطلاق من الأوضاع الشرعية التي لا يمكن تغييرها، استثناء من مقتضى أصل الذرائع، فإذا أوقع الزوج الطلاق مريداً إياه، وقع مهما كانت الدوافع إليه، وينصرف سد الذريعة لا إلى إبطال هذا التصرف، لأنه قام الدليل على وجوب وقوع الطلاق في كل حال؛ لما فيه من الناحية التعبدية؛ بل إلى الحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع، أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت، وهو حرمانها من الإرث، وهذا قد قام الدليل على وجوب إبطاله؛ لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به إسقاط واجب أو تحليل محرم.

على أن الحنفية قالوا بتوريثها، استناداً إلى قاعدة الاستحسان الذي سنده المصلحة، وهو التفات إلى المصلحة والعدل، أو أخذاً بفتوى عثمان رضي الله عنه، أو بهما معاً.

والخلاصة: أن العمل بنظرية التعسف وجد منذ فجر الإسلام - كما ترى - فقد رأينا الصحابة والتابعين وأئمة المذاهب قد قالوا بمقتضى هذه النظرية في طلاق

(١) «بداية المجتهد» لابن رشد: (٢/٦٩).

المريض مرض الموت زوجته باتاً قصداً إلى حرمانها من حقها في الإرث؛ بل ذهب الإمام مالك رحمته الله - كما رأينا - إلى توريثها ولو لم يقصد إلى ذلك؛ لأنه لم ينظر إلى الصور الأحادية، بل نظر إلى مَظَنَّة هذا القصد وهو مرض الموت، ونفي وقوعه في المجتمع، وأقام المَظَنَّة مقام المَثْنَة؛ ففقطاً لدابر الفساد من المجتمع إذا غلب الظن بتوقع وقوعه، قال بتوريث كل مبتوتة في مرض الموت، اكتفاء بهذه المَظَنَّة^(١)، وإعداماً لذات هذا التصرف من المجتمع تطهيراً له، مهما كان الدافع إليه، وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور في إعمال نظرية التعسف.

ما يستتج من هذه الأدلة:

أولاً: إن نظرية التعسف نشأت بنشأة الفقه الإسلامي نفسه، إذ قد وردت الأدلة التفصيلية التي تثبت النظرية بمقاييسها المختلفة في كتاب الله، وسنة رسوله، وفقه الصحابة، واجتهادات الأصوليين، وأئمة مذاهب الفقه الإسلامي.

ثانياً: إن مجال تطبيق نظرية التعسف يشمل الحقوق والإباحات على سواء، كما في منع محمد بن مسلمة من استعمال حقه على نحو تعسفي، وكما في إجبار مالك الحائط - أي البستان إذا امتنع - على أن يخلي سبيل جاره للارتفاق به عند الحاجة.

وفي الإباحات كما في منع النبي ﷺ من بيع الحاضر للباد، ومنع عمر رضي الله عنه من التزوج بالكتائب في بعض الظروف، حماية للمجتمع من الفساد.

ثالثاً: إن نظرية التعسف مرتبطة أساساً بغاية الحق لا بحدوده الموضوعية؛ لأن المفروض أن المتعسف لا يخرج عنها؛ ولكنه يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي شرع من أجلها.

(١) ويمعن الإمام مالك في حسم مادة الفساد من المجتمع، فيعتبر كثرة وقوع التصرف الذي يتذرع به إلى تحليل محرم، كبيع العينة مثلاً، مظنة القصد إلى ذلك، وعلى ذلك؛ فلا ينظر إلى الصور الأحادية، كل بمفردها من حيث تحقق القصد إلى الربا، أو غلبة ظن تحققه، بل ينظر إلى كثرة وقوع هذا النوع من التعامل في المجتمع حتى يسد الذريعة إليه، من باب فقه الاحتياط، وهذه نظرة موضوعية شاملة. هذا وقد كانت يبيع العينة كثيرة الوقوع في زمن الإمام مالك رحمته الله : (٣٦١ / ٢) وبذلك يمكن القول بأن الإمام مالك رحمته الله أخذ بنظرية التعسف في أوسع مدى.

رابعاً: التعسف في استعمال الحق محرم في الشريعة وممنوع؛ ولذا تقضي النظرية بحرمان صاحب الحق من ممارسة حقه على وجه تعسفي، وبذلك تدفع الضرر قبل وقوعه، بمنع الاستعمال التعسفي للحق ابتداءً، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية.

خامساً: هذا فضلاً عن أن التعسف - إذا وقع وسبب ضرراً - يستوجب المسؤولية، ويرتب جزاءً دنيوناً يوقع عن طريق القضاء بإزالة الضرر عيناً إن أمكن، أو عن طريق الضمان حسب الأحوال، وقطع سبب الضرر منعاً من استمراره في المستقبل، وهذا هو الدور العلاجي للنظرية.

سادساً: نظرية التعسف قد تتخذ صورة ترجيح مصلحة على أخرى؛ لتقيم التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بينها وبين الصالح العام؛ دفعاً للضرر الأشد، مما يؤكد ارتباط النظرية بنظرية الحق، ومدى استعماله.

سابعاً: إن نظرية التعسف كما تمنع الأضرار تصون الحقوق، فطلاق الفرار يقصد به هضم حق الزوجة في الميراث، عن طريق استعمال حق الطلاق تعسفاً ودون مبرر شرعي، وهذا يوجب أن يُردَّ على المتعسف قصده السيء، ويعامل بنقيضه؛ إذ الطلاق لم يشرع لذلك.

ثامناً: أما معايير التعسف ومقاييسه التي جاءت بها الأدلة فهي:

أولاً: استعمال الحق لمحض قصد الإضرار، وهذا معيار ذاتي كما ورد ذلك صريحاً في الآيات التي تنهى عن الإضرار في الوصية أو حق الرضاع.

ثانياً: اختلال التوازن بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة، وما يلزم من استعماله لحقه من ضرر أشد، يلحق غيره من الفرد أو الجماعة كما في قضية سمرة، وكما في المنع من تلقي السلع، والمنع من التزوج بالكتبايات؛ بالنظر لما ينجم عن ذلك من ضرر عام. وهذا معيار موضوعي.

ثالثاً: استعمال الحق كذريعة للاحتيال على قواعد الشرع وهدمها، كما في استعمال حق الطلاق لحرمان الزوجة من الميراث، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة،

وهذا معيار مختلط؛ إذ يمكن معرفة الباعث غير المشروع عن طريق المصلحة غير المشروعة التي يحققها المتعسف.

وهذه المقاييس أو المعايير ينتظمها ضابط واحد، يربط النظرية بغاية الحق لا بنظرية التعدي في الفقه الإسلامي، وذلك الضابط العام كما يقول الإمام الشاطبي في أكثر من موضع هو: «استعمال الحق في غير ما شرع من أجله»^(١).



(١) «الموافقات»: (٣٨٢/٢) وراجع أيضاً ص ٣٣٣ و ٣٣٤ و ٨٥ و ٣٨٦ و ٣٨٨ و: (٢٠١/٤) وما بعدها.

المبحث الرابع أدلة النظرية من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية

(أصل النظر في المآلات)

يؤكد هذا الأصل أن المصالح معتبرة في الأحكام^(١)، وأنها شرعت لتحقيق غايات أساسية قد قصدتها الشارع، ومن هنا كان الحكم - وهو منشأ الحق أو الإباحة - منظوراً إليه في الشرع على أنه وسيلة غايته المصلحة.

إذا ثبت هذا - وقد أقمنا الأدلة على ثبوته^(٢) - فكل فعل - وهو مقدمة لنتيجة أو وسيلة إلى غاية - قطعاً أو ظناً، أو في الكثير غير الغالب^(٣) - إلى غير غايته التي رسمها الشارع، أو إلى مآل هو مفسدة مساوية للمصلحة التي شرع الحق من أجلها، أو راجحة عليها، لم يبق مشروعاً؛ لأن العبرة بهذه النتيجة في تكييف الفعل، وهي - كما رأينا - مناقضة لمقصد الشرع.

لذا، يلزم المجتهد في التشريع الاجتهادي أو التطبيقي - توقياً لهذه المناقضة - أن ينظر في هذه المآلات والنتائج، ويمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء منها؛ جرياً على سنة الله في اعتباره المصالح في الأحكام^(٤)، أو المسببات في الأسباب دون نظر إلى

(١) راجع الأسس التي يقوم عليها تقييد الحق في الفقه الإسلامي، الأساس الأول، المصالح معتبرة في الأحكام، أي: الأحكام الشرعية مبنية على المصالح، وهذا مقصود للشارع.

(٢) راجع البحث المشار إليه سابقاً.

(٣) هذا ما ذهب إليه مالك حيث حرم بيع العينة؛ لأنه يفضي في الكثير غير الغالب إلى الربا، فأقيم هذا مقام القطع أو الظن الغالب احتياطاً في درء المفسدة. «الموافقات»: (٣٥٧/٢، ٣٥٩، ٣٦١)، ولذا أطلق على «فقه المالكية» فقه الاحتياط.

(٤) «الموافقات»: (١٩٤/٤).

الباعث أو القصد في آحاد الصور، هذا بالإضافة إلى مقصد الشارع.

يرشدنا إلى هذا أن الشارع الحكيم قد نهى عن سب آلهة المشركين إذا علم أو غلب على الظن أن ذلك مفضٍ إلى سب رب العالمين جل وعلا، ولو كان للمؤمن نية محتسبة في توهين أمر الشرك وتحقيره، فما بالك إذا استعمل الحق مع النية السيئة، فإن المنع - حينئذ - يكون أوجب.

يقول ابن تيمية: «الذرائع حرّمها الشارع، وإن لم يُقصد بها المُحرّم؛ خشية إفضائها إلى المُحرّم، فإذا قصد بالشئ نفس المحرم، كان أولى بالتحريم من الذرائع»، بهذا التحرير يظهر علّة التحريم في مسائل العينة وأمثالها، وإن لم يقصد البائع الربا؛ لأن هذه المعاملة يغلب فيها قصد الربا، فيصير ذريعة، فيسد هذا الباب؛ لئلا يتخذها الناس وسيلة إلى الربا، ويقول القائل: لم أقصد به ذلك؛ ولئلا يدعوا الإنسان فعله مرة إلى أن يقصده مرة أخرى، ولئلا يعتقد أن جنس هذه المعاملة حلال، ولا يميز بين القصد وعدمه؛ ولئلا يفعلها الإنسان مع قصد خفي يخفي من نفسه على نفسه، وللشريعة أسرار في سد الفساد وحسم مادة الشر.. إلخ^(١) وعلى هذا فإنه لا ينظر إلى الباعث على أنه الأمر الجوهرى في قاعدة سد الذرائع، بل إلى النتائج الواقعة أو المتوقعة.

❖ آراء العلماء في هذا الأصل:

لا خلاف بين العلماء أنه لا يجوز التذرع بأمر ظاهر الجواز لتحقيق أغراض غير مشروعة؛ لما في ذلك من مناقضة الشرع عيناً، بهدم قواعد الشريعة، غير أن الخلاف فيما يتحقق فيه التذرع، فالإمام الشافعي لا يبطل التصرف إلا إذا ظهر القصد إلى المآل الممنوع صراحةً، ويذهب الإمام أحمد إلى الأخذ بالقرائن في إثبات هذا القصد^(٢).

(١) «الفتاوى»: (١٣٩٣/).

(٢) «الموافقات»: (٢٠٠/٤)، وراجع تعليق الأستاذ الشيخ محمد حسين مخلوف «الموافقات»: (١٣٣/٤) المطبعة السلفية.

❖ صلة هذا الأصل بنظرية التعسف:

قدمنا أن هذا الأصل لا يعتمد الباعث على أنه الأمر الجوهرى في تكييف الفعل؛ بل العبرة فيه بالمآل، وهذه نظرة واقعية موضوعية تعنى باللوازم الخارجية للأفعال، ونتائجها.

نخلص من هذا إلى أن هذا الأصل يتجه اتجاهين:

أولهما: جوهرى رئيس، وهو النظر الموضوعى الذي يعتمد مآلات الأفعال وثمراتها ونتائجها، وعلى ضوءها يحلُّ الفعل أو يحرّم، ويؤذن فيه أو يمنع، بقطع النظر عن أصل وصفه الشرعى^(١).

وثانيهما: هو النظر إلى الباعث على أنه أمر ثانوى، وهذه نظرة ذاتية تُعنى بالبواعث والعوامل النفسية التي تحرك إرادة المتصرف فعلاً أو قولاً.

فالتصرفات المأذون فيها - قولية كانت أم فعلية بمقتضى حق أو إباحة - إذا أفضت بذاتها إلى مآل ممنوع، مُنِعَتْ، ولم تشرع؛ لأن هذه التصرفات - إنما شرعت في الأصل - وسائل لتحقيق مصالح لا مفسد، فالمناقضة ظاهرة، والمناقضة تعسف، وكذلك إذا كان الباعث على التصرف الذي ظاهره الجواز تحقيق أمر غير مشروع، لم يشرع بالنظر إلى هذا الباعث، ولا يصلح الفعل الذي ظاهره الجواز معتصماً لمشروعيته مع هذا الباعث أو المآل - الواقع أو المتوقع - غير المشروع، وهذا هو لباب نظرية التعسف.

ويترتب على هذا النظر أمران:

الأول: وجوب أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع.

الثاني: أنه يلزم المجتهد النظر في مآلات الأفعال، ويكيّفها بالمشروعية أو عدمها على ضوء تلك المآلات، أو النتائج التي هي مصالح أو مفسد راجحة. ويتفرع على هذا الأصل^(٢) قواعد:

(١) كتاب «مالك» للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة ص ٤١٢ - ص ٤١٤.

(٢) أصل النظر في مآلات الأفعال، «الموافقات»: (٤/١٩٦) وما يليها.

أولاً: قاعدة الذرائع: التي حَكَمها الإمام مالك في أكثر أبواب الفقه.

ثانياً: الاستحسان: عند الحنفية والمالكية.

ثالثاً: قاعدة الحيل^(١).

رابعاً: مراعاة الخلاف عند المالكية.

وهذه القواعد تؤيد أصل النظر في مآلات الأفعال^(٢)، وهي إذ تؤيد نظرية التعسف تمثل في أحكامها في الدور الوقائي للنظرية في التصرفات القولية، لأنها تحول بين التصرف وترتيب آثاره عليه قبل الوقوع، أما التصرفات الفعلية إذا وقعت، فالواقع لا يرتفع؛ بل يقطع سببه؛ ليمنع استمراره في المستقبل، ويعوض عن الأضرار النازلة إن كان لها وجه.

ونظراً لأهمية قاعدة سدّ الذرائع سنتناولها بالبحث؛ لأن نظرية التعسف تقوم عليها في أحد معاييرها.

المطلب الأول

❖ القاعدة الأولى:

قاعدة سدّ الذرائع

❖ تعريف الذريعة:

الذريعة لغة: هي الوسيلة إلى الشيء مطلقاً، واصطلاحاً: هي الوسيلة إلى المفسدة.

يقول الإمام الشاطبي: «وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة»^(٣).

(١) انظر بحث مبدأ العدل المطلق وصلته بنظرية التعسف في الفقه الإسلامي، والمبحث الثاني منه في الميدان الاجتهادي.

(٢) «الموافقات»: (٤/٢٠١) وما بعدها.

(٣) «الموافقات»: (٤/١٩٩).

ويقول القرطبي: «والذريعة عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه، يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع»^(١).

ويقول القرافي في فروقه: «سد الذرائع: ومعناه حسم مادة وسائل الفساد؛ دفعاً لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة، فمنع مالك من ذلك الفعل في كثير من الصور»^(٢).

ويقول بعض الفقهاء المُحدثين: «سد الذرائع: هو منع المباحات أو الواجبات التي يتذرع بها إلى مفاسد ومحظورات» ويقول في موضع آخر: الذريعة هي: «كل مباح أو واجب تذرع به إلى مفسدة»^(٣).

وهكذا يقصر الأصوليون والفقهاء معنى الذرائع على التصرف المشروع - فعلاً كان أو قولاً - يتوسّل به إلى مفسدة.

❖ الذريعة^(٤) تشمل القول والفعل:

والذريعة - بما هي وسيلة إلى مفسدة - قد تكون قولاً، وهذه تشمل التصرفات

(١) «الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٥١/٢).

(٢) «الفروق»: (٣٢/٢) وقد قرر هذا المعنى ابن فرحون في كتابه «تبصرة الحكام»: (٢٧٥/٢) والشوكاني في كتابه «إرشاد الفحول» ص ٢٤٦.

(٣) «السياسة الشرعية» للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج ص ٧٣.

(٤) والذريعة إلى المفسدة قد تكون في العبادات، كما تكون في العادات، وبالتالي يجب سدها: يقول الإمام الشاطبي في «الاعتصام»: (٣١/٢) وما بعدها:

«وفي الجملة، فكل عمل أصله ثابت شرعاً، إلا أن في إظهار العمل به، والمداومة عليه ما يخاف أن يعتقد أنه سنة، فتركه مطلوب في الجملة أيضاً، من باب سد الذرائع».

وضرب أمثلة لذلك، من مثل ما جاء في الحديث من نهي رسول الله ﷺ أن يتقدم شهر رمضان بصيام يوم أو يومين، ووجه ذلك عند العلماء مخافة أن يعد ذلك من جملة رمضان. المرجع السابق.

ومما يؤيد أن سد الذريعة معتبر في العبادات، حديث النهي عن التشديد على النفس في العبادة إلى حد الإفراط؛ خوفاً من الانقطاع عنها، أي بالنظر إلى هذا المآل.

وبهذا يتضح أن التعسف كما يكون في الحقوق والمباحات يتحقق في العبادات، وهو ممنوع حيثما كان. «الموافقات»: (١٩٨/٢).

القولية، وقد تكون فعلاً، وهذه تشمل التصرفات الفعلية، وقد أشار ابن قيم الجوزية إلى هذا في صدد تقسيمه للذرائع إذ يقول: «الفعل أو القول المفضي إلى المفسدة قسمان .. إلخ»^(١).

أقسام الذرائع بالنسبة إلى مآلاتها عند الأصوليين والفقهائ

وتحرير محل الخلاف فيها

أولاً - أقسام الذرائع عند الإمام القرافي:

أحدها - معتبرٌ إجماعاً: كحفر الآبار في طريق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أن يسب الله تعالى. وثانيها: ملغى إجماعاً: كزراعة العنب؛ فإنه لا يمنع خشية الخمر. وثالثها: مختلف فيه: كبيع الآجال، اعتبرنا نحن الذريعة فيها، وخالفنا غيرنا، فحاصل القضية أننا قلنا بسد الذرائع أكثر من غيرنا، لا أنها خاصة بنا^(٢)، أي بفقهاء المالكية.

ثانياً: أقسام الذريعة عند ابن قيم الجوزية:

وقد أفاض ابن قيم الجوزية في كتابه «إعلام الموقعين» القول في مبدأ سد الذرائع، وأورد تسعةً وتسعين وجهاً للدلالة على أنه أصل يحتج به في كل الاستنباط والتطبيق؛ ولكنه في تقسيمه للذريعة من قول أو فعل يخلط بين ما هو وسيلة إلى محرم، وما هو محرم في ذاته، إذ يقول:

«الفعل أو القول المفضي إلى المفسدة قسمان:

أحدهما: أن يكون وضعه للإفضاء إليها، كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر، وكالقفذ المفضي إلى مفسدة القرية، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش، ونحو ذلك، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفساد، وليس لها ظاهر غيرها»^(٣).

(١) «إعلام الموقعين»: (٣/ ١٢٠).

(٢) «تنقيح الفصول» للقرافي ص ٢٠٠.

(٣) «إعلام الموقعين»: (٣/ ٢١٩).

والثاني: أن تكون - أي الذريعة من قول أو فعل - موضوعة للإفضاء إلى أمر جائز أو مستحب، فيتخذ وسيلة إلى المحرم، إما بقصد منه، أو بغير قصد.
فالأول - أي: بقصد منه -: كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل، أو يعقد البيع قاصداً به الربا.

والثاني - أي دون قصد منه -: كمن يسب أرباب المشركين بين أظهرهم. ثم هذا القسم من الذرائع نوعان:

أحدهما: أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته، كالنظر إلى المخطوبة مثلاً.

والثاني: أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته، فهذا أربعة أقسام.

ويلاحظ على هذا التقسيم:

أن ابن القيم خلط في القسم الأول بين الذرائع إلى المفسد، وبين المفسد في ذاتها، فشرب الخمر والزنى والقذف ليست من الذرائع في شيء، وإنما هي محرمة لذاتها تحريم مقاصد، لا تحريم وسائل، فإيرادها في قسم الذرائع ليس على ما ينبغي.
وعلى هذا يمكن رد هذه الأقسام إلى ثلاثة:

الأول: ما وضع للإفضاء إلى مباح؛ ولكن قصد التوصل به إلى مفسدة، كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل، أو يعقد البيع قاصداً به الربا، كييع العينة.

الثاني: ما وضع لمباح لم يقصد التوصل به إلى مفسدة؛ ولكنه يفضي إليها غالباً، وهي أرجح مما يترتب عليه من المصلحة، كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم.

الثالث: ما وضع لمباح؛ ولكنه قد يفضي إلى مفسدة، ومصلحته أرجح من مفسدته، كالنظر إلى المخطوبة.

❖ تحرير محل الخلاف:

يلاحظ على هذه الأقسام الثلاثة أنها شاملة للذرائع المفضية إلى المفسدة بذاتها غالباً، أي دون قصد، وشاملة كذلك لما قصد به التدرع إليها، وإن كان في ذاته مباحاً جائزاً.

أما القسم الثاني، فقد جاء المنع فيه صريحاً، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَسْبُوا...﴾ الآية [الأنعام: ١٠٨] وهذا لا خلاف فيه.

وأما القسم الثالث: فقد جاءت الشريعة بجوازه أيضاً، فليس محلاً للنظر.

بقي القسم الأول: وهو ما وضع للمباح؛ ولكنه اتخذ وسيلة إلى مفسدة، وهذا هو محل الخلاف، وهو القسم الذي أشار القرافي إلى أنه موضع النزاع^(١).

على أن هذا القسم - وهو الذي تقوم عليه معظم حالات التعسف - ليس محلاً للنزاع أيضاً بين العلماء عند التحقيق؛ إذ قد سبق أن قررنا أن مبدأ سد الذرائع جاء توثيقاً للأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفسدات، ولا ريب أن هذا القسم من المباح الذي قصد التوسل به إلى أمر محرم، لا نظن أحداً من العلماء يجيزه؛ لأنه يناقض أصل الشريعة؛ فالإمام الشافعي مثلاً لا يجيز البيع الذي قصد التوسل به إلى الربا إذا ظهر القصد إلى هذا المآل الممنوع، وليس أحد من العلماء يجيز هذا التحايل على قواعد الشريعة وهدمها، وإنما الخلاف في أمر آخر، هو في المنهج الذي سلكه كل فقيه في الكشف عن الباعث غير المشروع، أو بعبارة أخرى: فيما يتحقق في مناط التذرع^(٢).

فالإمام مالك - رحمه الله - يخطأ في درء المفسدات، فيمنع ما أدى إلى الممنوع بكثرة قصده من قبل المتبايعين، ولو لم يقصد بالفعل في كل صورة على حدة، أو من كل شخص على استقلال، فيكتفي بكثرة الوقوع، ولو لم تصل إلى غلبة الظن، أو غلبة كثرة الوقوع، فضلاً عن العلم، ويعتبرها مَظَنَّةً هذا القصد، فالكثرة هي الضابط والمَظَنَّة، كما في بيع العينة، ويتهم بسبب ظهور فعل اللغو، وهو دال على القصد الممنوع، فيبطله به؛ اكتفاء بكثرة الوقوع في الخارج^(٣)، فالمعيار - كما ترى - مادي أو موضوعي لا ذاتي.

(١) «الفروق»: (٣٢/٢) وما بعدها، و«تنقيح الفصول» ص ٢٠٠.

(٢) «الموافقات»: (٤/٢٠٠).

(٣) «الموافقات»: (٣٦١/٢).

أما الإمام الشافعي؛ فلا ينهم من لم يظهر منه قصد إلى المآل الممنوع؛ لأنه يعتمد العبارة الظاهرة، يقيم الحكم عليها، ولا يتحرى البواعث النفسية الخفية. ولهذا يتفق الفريقان - كما يقول الإمام الشاطبي - على أنه لا يجوز^(١) التعاون على الإثم والعدوان بإطلاق؛ فظهر أن قاعدة سدّ الذرائع متفق على اعتبارها في الجملة، وإنما الخلاف في أمر آخر، كما قلنا، وهو المناط الذي يتحقق به التذرع^(٢). وستتناول هذه النقطة بالذات بالشرح والتفصيل عند استعراضنا لأقسام الذريعة عند الإمام الشاطبي.

الإدلة على مشروعية مبدأ سدّ الذرائع

الدليل الأول: قال تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدَوًّا بَغِيًّا عَلَيْهِمْ...﴾ [الأنعام: ١٠٨].

وجه الدلالة: منع الله سبحانه وتعالى من سب آلهة المشركين، مع أن توهين أمر الشرك مطلوب؛ بالنظر إلى ما يتوقع - في غالب الظن - من مقابلة المؤمنين بمثل ذلك، من سب رب العالمين سبحانه؛ فمنعت هذه الذريعة نظراً إلى هذا المآل الممنوع لا إلى الباعث، فكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وفي هذا تصريح بالمنع من الجائز أو الواجب؛ لثلا يكون سبباً يُفْضِي إلى فعل ما لا يجوز.

الدليل الثاني: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقُولُوا رَعَيْنَا وَفُؤُولَا أَنْظَرْنَا وَأَسْمَعُوا﴾ [البقرة: ١٠٤].

نهى سبحانه المؤمنين عن كلمة «راعنا» ومعناها: ارعني سمعك؛ لتعي ما أقول، لثلا يكون ذلك ذريعة لليهود في توجيهها للنبي ﷺ قاصدين بها معنى آخر، من «الرعون» وهو سب للنبي ﷺ^(٣).

(١) المرجع السابق: (٢٠٠/٤) وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ٢٠١ في الهامش.

(٣) «مقدمات ابن رشد»: (٩٨/٢)، و«أحكام القرآن» لأبي بكر ابن العربي: (٥١/١)، و«إعلام الموقعين»: (١٢٢/٣).

يقول ابن رشد في «المقدمات»: «نهى عز وجل عباده المؤمنين أن يقولوا للنبي ﷺ «راعنا»، وهي كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب، معناها: ارعني سمعك وفرغه لي، لتعني قلبي وتفهم عني؛ لأنها كلمة سب عند اليهود، فكانت تُسَبُّ بها النبي ﷺ في أنفسها، فلما سمعوها من أصحاب النبي ﷺ فرحوا بها، واغتموا أن يعلنوا بها النبي ﷺ ويُظهِروا سبَّهُ؛ فلا يلحقهم في إظهاره شيء، فأطلع الله نبيه والمؤمنين على ذلك، ونهى عن الكلمة؛ لئلا يكون ذلك ذريعة لليهود إلى سب النبي ﷺ»^(١).

الدليل الثالث: قوله ﷺ فيما أخرجه الشيخان عن عبد الله بن عمر: «إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه» قيل: يا رسول الله؛ كيف يلعن الرجل والديه؟ قال: «يسب أبا الرجل؛ فيسب أباه، ويسب أمه؛ فيسب أمه»^(٢).

يقول الإمام القرطبي: «فجعل التعرض لسب الآباء كَسَبِّ الآباء»^(٣).

الدليل الرابع: حديث النعمان بن بشير - فيما رواه مسلم - قال: سمعت رسول الله يقول: «الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور متشابها، فمن اتقى الشبهات، استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي حول الحمى، يوشك أن يقع فيه»^(٤).

وجه الدلالة أنه ﷺ يمنع الإقدام على الشبهات خشية الوقوع في المحرم، سداً للذريعة^(٥).

الدليل الخامس: وقال ﷺ: «لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين، حتى يدع ما لا بأس به؛ حذراً مما به البأس»^(٦)، ووجه الدلالة فيه بين.

(١) «مقدمات المدونة» لابن رشد: (٩٨/٢)، و«الجامع لأحكام القرآن» للقرطبي: (٥٤/٢).

(٢) أخرجه البخاري: ٥٩٧٣، ومسلم: ٢٦٣، وأحمد: ٧٠٢٩، من حديث ابن عمر.

(٣) «الجامع لأحكام القرآن»: (٥١/٢) وما بعدها.

(٤) أخرجه البخاري: ٥٢، ومسلم: ٤٠٩٤، وأحمد: ١٨٣٧٤.

(٥) المرجع السابق.

(٦) الحديث أخرجه الترمذي: ٢٤٥١، وابن ماجه: ٤٢١٥، من حديث عطية السعدي. وانظر: المرجع

السابق، وراجع «إرشاد الفحول» للشوكاني ص ٢٤٦، و«تبصرة الأحكام» لابن فرحون: (٢/٢٧٥)،

و«الفروق» للقرافي: (٣٢/٣) وما بعدها.

هذا، وقد أورد ابن القيم تسعة وتسعين وجهاً للدلالة على ثبوت هذا الأصل في الشرع^(١).

❖ الذريعة تأخذ حكم ما أفضت إليه دفعاً لمناقضة الشارع:

والثمرة التي تترتب على العمل بمبدأ سد الذرائع أن الوسيلة لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد، أو الإذن والمنع؛ بل تأخذ حكم ما أفضت إليه، ولو كان تكليفها الشرعي في الأصل غير ذلك.

وعلى هذا، فالمحظور مثلاً إذا أدى إلى مصلحة مؤكدة، وكانت المصلحة أربى من الضرر الناشئ عن المحظور، أو بعبارة أدق: وكان الضرر الذي يدفع بتحقيق هذه المصلحة أكبر من الذي ينشأ من ارتكاب المحظور، صار ذلك المحظور في أصله في مرتبة المأذون به؛ لتحقيق تلك المصلحة؛ أو لتحقيق دفع الضرر الأكبر.

ومن أمثلة ذلك:

- ١ - دفع مال للمحاربين فداءً للأسرى من المسلمين.
 - ٢ - دفع شخص مالاً لآخر على سبيل الرشوة أو نحوه؛ ليتقي به معصية يريد الظالم أن يوقعها، وضررها أشد من ضرر دفع المال^(٢).
- ما يستخلص من هذه الأمثلة:

يتبين من هذه الأمثلة أن الوسيلة لا ينظر إليها في ذاتها، بل تتكيف من جديد بالنظر إلى مآلها، فما أفضى إلى مطلوب كان مطلوباً، ولو كان في الأصل محظوراً، وهذا يسمى بفتح الذرائع^(٣).

ومما يُقال في هذا النوع من الذرائع، يقال في النوع الآخر الذي هو في الأصل

(١) «إعلام الموقعين»: (١٢٦/٣) وما بعدها. وراجع «الفتاوى» لابن تيمية: (١٤١/٣) وما بعدها.
 (٢) «الموافقات»: (٣٥٢/٢)، وانظر كتاب «مالك» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٥، و«الفتاوى» لابن تيمية: (١٣٩/٣).
 (٣) «الفروق»: (٣٢/٢) وما بعدها، و«تنقيح الفصول» ص ٢٠١.

مشروع؛ ولكنه يكتسب صفة عدم المشروعية بالنظر لما له أو باعته، كما في البيع الذي يتوصل به إلى الربا؛ فإنه يصبح غير مشروع بالنظر لما يفضي إليه من مفسدة الربا كثيراً، وهذا النوع هو الذي يتصل بنظرية التعسف لا النوع الأول.

وإنما أتينا بالنوعين؛ لنقيم الدليل على أن مبدأ الذرائع - سداً وفتحاً - إنما هو توثيق للمقصد الأصلي من الشريعة، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد، فأعطيت الوسيلة حكم ما أفضت إليه.

يقول ابن القيم مقررًا هذا المعنى:

«لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها، بحسب إفضائها إلى غاياتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل؛ فإذا حرم الرب تعالى شيئاً، وله طرق ووسائل تفضي إليه، فإنه يحرمها ويمنع منها؛ تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له، ومنعاً أن يقرب حماءه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية، لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء؛ بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة، لعد متناقضاً، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده»^(١).

ويقول القرافي: «الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسط».

ويقول الإمام العز بن عبد السلام من الشافعية:

«كلما قويت الوسيلة في الأداء إلى المفسدة، كان إثمها أعظم من إثم ما نقص عنها، والبيع الشاغل عن الجمعة حرام؛ لا لأنه بيع؛ بل لكونه شاغلاً عن الجمعة، أي وسيلة إلى ذلك»^(٢).

(١) «إعلام الموقعين»: (١١٩/٣) وما بعدها.

(٢) «القواعد» للعز بن عبد السلام: (١٦/٢).

وبالتأمل في تعليل هذا الحكم، أي: حكم الوسيلة الجائزة أو المطلوبة في ذاتها، والذي تستمده من حكم ما أفضت إليه، يُرى أنه لدفع مناقضة الشارع، وهذا هو درء التعسف في استعمال الحق، ومن هنا يبدو أن نظرية التعسف قائمة - في معيارها المادي - على مبدأ سد الذرائع، وهو مبدأ يتصل بروح الشريعة ومقاصدها.

وهذا ما أوضحه ابن قيم الجوزية في عبارته التي نقلناها عنه آنفاً حيث يقول: «ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية للمحرم، لكان ذلك نقضاً للتحريم؛ وإغراء للنفس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك... إلخ».

أقسام الذريعة باعتبار مآلها عند الإمام الشاطبي، وتحرير محل النزاع فيها، وصلة ذلك بنظرية التعسف

الواقع أن الإمام الشاطبي في تقسيمه^(١) للذرائع هنا يرسى قواعد أصولية تحكم استعمال الحقوق، فهو أولاً يشير إلى الحق والإباحة بقوله:

«جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذوناً فيه... إلخ» والمأذون فيه أعم من أن يكون ناشئاً بمقتضى حق أو إباحة، لأن غير المأذون فيه ليس مشروعاً، وما ليس بمشروع لا يكون حقاً ولا مباحاً.

ثم يشرع في بيان قواعد التعارض والترجيح من خلال تقسيم أوجه استعمال الحق بالنظر إلى لوازمه، وما يؤول إليه من أضرار، وهذا هو مجال النظر في التعسف في استعمال الحق.

يقول الشاطبي: «جلب المصلحة أو المفسدة إذا كان مأذوناً فيه على ضربين»:

أحدهما: أن لا يلزم عنه إضرار بالغير.

الثاني: أن يلزم عنه ذلك.

ثم يشرع في تقسيم هذا الضرب الثاني إلى وجوه يمكن إيرادها فيما يلي، مع بيان حكم كل وجه:

(١) «الموافقات»: (٢/٣٤٨).

الوجه الأول: أن يقصد الجالب أو الدافع - أي صاحب الحق أو الإباحة - الإضرار، كالمرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه، وصَحْبَه قصد الإضرار بالغير.

الوجه الثاني: أن لا يقصد إضراراً بأحد؛ ولكن لزم عن ذلك ضرر عام، كتلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، والامتناع من بيع داره أو فدانها، وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع.

الوجه الثالث: أن لا يقصد إضراراً بأحد؛ ولكن لزم عنه ضرر خاص، وإذا منع صاحب الحق من ممارسة حقه، لحقه ضررٌ من ذلك، فهو محتاج إلى فعله، كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره، أو يسبق إلى شراء طعام، أو ما يحتاج إليه، أو إلى صيد أو حطب، أو ماء غيره، عالماً أنه إذا حازه استضرر غيره بعده، ولو أخذ من يده استضر.

الوجه الرابع: أن لا يقصد الإضرار بأحد، ولا يلحقه بالمنع من استعمال حقه ضرر، ويكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً في جري العادة، كحفر البئر خلف الباب في الظلام بحيث يقع الداخل فيه بلا بدّ، وشبه ذلك.

الوجه الخامس: أن لا يقصد إضراراً بأحد، ولا يلحقه بالمنع مضرة، ويكون أداؤه إلى المفسدة نادراً، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه.

الوجه السادس: أن لا يقصد إضراراً بأحد، ولا يلحقه بالمنع مضرة، ويكون أداؤه إلى المفسدة غالباً، كبيع السلاح من أهل الحرب، والعنب من الخمار، ونحو ذلك.

الوجه السابع: أن لا يقصد إضراراً بأحد، ولا يلحقه بالمنع مضرة، ويكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً، كمسائل بيوع الآجال، ونحن نستعرض هذه الأوجه وبيان أحكامها في الشرع؛ لنظفر بما يلي:

أولاً: تحديد مجال نظرية التعسف، وهل هو مقصور على الحق بالمعنى الاستثنائي، أو شامل للإباحات كذلك.

ثانياً: تحديد نطاق معايير النظرية؛ لنرى هل يقتصر على المعيار الذاتي الذي

يتمثل في العوامل النفسية، من قصد الإضرار أو الباعث غير المشروع، أو يتعدى ذلك إلى المعيار المادي الذي قوامه الموازنة بين المصلحة التي يجنيها صاحب الحق، من حيث إن الحق قد شرع لأجلها، وبين ما يلزم عن ذلك من مضرة مساوية أو راجحة، أو يشمل كذلك - بالإضافة إلى هذين المعيارين - معياراً مختلطاً، يستعان بالمادي للكشف عن العنصر النفسي.

ثالثاً: دور النظرية ووظيفتها، وهل هو مقصور على التضمين، أو أن لها دوراً وقائياً تقضي بالمنع أو الحيلولة دون وقوع الأضرار، أو استمرارها بمنع أسبابها، إلى جانب ما تقضي به من التضمين عما وقع إن كان له وجه.

بيان ما يتعلق بأوجه استعمال الحق^(١) من الأحكام

قبل البدء في بيان الأحكام نقرر أن استعمال الحق إذا لم يلزم عنه مضرة بالغير، فحكمه أنه باقٍ على أصل الإذن، ولا إشكال فيه.

❖ حكم الوجه الأول:

وهو استعمال الحق إذا قصد به مصلحة شخصية، وصحبها قصد الإضرار بالغير. في المسألة تفصيل: فإذا كان ذو الحق، لو انتقل إلى وجه آخر لجلب المصلحة أو درء المفسدة، حصل له ما أراد أو لا؟ فإن كان الأول؛ فلا إشكال في منعه منه؛ لقيام القرينة على قصد الإضرار؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار؛ فلينقل عنه، ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار، أما إذا يكن له محيضٌ عن تلك الجهة التي يستتضر منها الغير، فحق الجالب أو الدافع مقدم. ونضيف هنا قيداً، وهو أنه يجب - ليقدم حق الجالب أو الدافع - أن يكون الضرر اللاحق بالغير مساوياً لضرر صاحب الحق من جراء منعه أو أقل، أما إذا كان فاحشاً أو راجحاً، منع صاحب الحق من ممارسة حقه على ما عليه جمهور الفقهاء من الحنفية^(٢) والحنابلة والمالكية، لاختلال التوازن.

(١) تقصد بالحق هنا ما هو أعم من الحق بالمعنى الاستثنائي والإباحة، أو الحريات العامة.

(٢) «تبيين الحقائق» للزيلعي: (١٩٦/٤).

❖ حكم الوجه الثاني:

منع ذي الحق من استعمال حقه، إذا لزم عنه ضرر عام، ولو لم يكن منه قصد إلى الإضرار بأحد، وحتى لو استضر هو؛ لأن ضرره ينجبر، فإذا نزعت ملكية داره لتوسيع مسجد مثلاً، جُبر ضرره بمنحه تعويضاً عادلاً، وهذه هي القاعدة «جُبر المضرة»، وكذلك يجبر أهل الصناعات على بذل منافعهم إذا امتنعوا؛ وتعلقت حاجة الناس بها، ويعطون أجر المثل، وهذا يؤكد أن الشريعة تقدم المصلحة العامة مع رعاية المصلحة الخاصة، توفيقاً بينهما ما أمكن التوفيق.

وأما تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي، فيمنع المتلقي، والسمسار، وتقدم المصلحة العامة إذا لحق العامة مضرة، ولو لم يكن من صاحب الحق قصد إلى الإضرار بأحد كما هو الفرض.

❖ حكم الوجه الثالث:

وفي هذا الوجه يلزم عن استعمال الحق في الاحتياز ضرر بالغير من الأفراد مماثل للضرر اللاحق بذي الحق إذا منع؛ ولكن يلاحظ أن الغير الذي يلحقه الضرر لم يتقرر له حق في محل الضرر، ومن أمثلتها:

أن يسبق إنسان إلى شراء طعام، أو إلى استئجار أرض أو دار، وهو يعلم أنه إذا فعل ذلك استضر غيره؛ لحاجته إلى هذه الأشياء، وإذا لم يفعل استضر هو.

أو يسبق إلى حيازة مباح كالصيد والحطب، أو أن يدفع ظلماً عن نفسه، وهو يعلم أنه يلزم من ذلك وقوعه بغيره، فحكم هذا الوجه الجواز.

إما إشراك وتسوية الغير أو إثارة في هذا الذي حازه، فهو مستحب من الناحية الدينية والخلقية.

أما من الناحية القضائية فحق السابق مقدم، وإن لحق غيره بذلك ضرر؛ لأن جلب الإنسان لمصالحه ودفع المفاسد عنه مقصود للشارع لا محالة، كما يدل على ذلك قوله

تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

ويشير إليه أيضاً بإباحة أشياء منعها الشارع للضرورة أو الحاجة؛ كإباحة الخمر للمضطّر، وجواز استقراض الدرهم بمثله إلى أجل، وإباحة العرايا، مع أن فيها شبه الربا، وإباحة السلم مع أنه بيع المعدوم.

فإذا كان الشرع قد رخص في المحظور؛ لحاجة الإنسان؛ فأولى أن يكون له حق استيفاء المباح، ما دام لم يتقرر فيه حق للغير، ولا ييالي بضرره؛ لأن الأول أحق منه بالسبق.

وعلى هذا فسبق الإنسان إلى فعل ما يجلب مصلحة أو يدفع مفسدة، كالشراء والإجارة والحياسة ودفع الظلم، حق ثابت مشروع على وجه الإباحة، يجوز للإنسان أن يتعاطاه، كما يجوز له أن يسقطه، إلا إذا كان مضطراً إليه؛ فإنه يتعين عليه تعاطيه؛ لأنه أصبح واجباً عليه؛ صيانة لنفسه أو دينه أو غيرهما من الضروريات.

ومن تأمل هذا الوجه، تبين له أنه يتعلق باستعمال الرخص والإباحات، فحكم الشارع هو الإذن لمن سبق إلى الشراء أو الإجارة أو غيرهما، ولا يلتفت إلى ما ترتب على الحياسة من الضرر؛ لسبقه إلى خيره في شيء لم يتقرر للآخر حق فيه؛ ولذلك قلنا:

إنه لم يتقرر لأحدهما حق في محل الضرر ومنشئه^(١).

أما إن تقرر لأحدهما حق فيه؛ كما في التصرف في حق الملكية، فيقدم ذو اليد، وله أن يتصرف في ملكه بما أحب؛ ولو لحق بغيره ضرر مماثل لضرر المالك فيما لو منع من استعمال حقه، أما إذا ترتب عليه ضرر بالغير أشد مما يلحق المالك من ضرر منعه من التصرف، أو ترتب عليه ضرر عام، منع.

فمن الأول: إنسان بيده طعام لم ترق الحاجة إليه إلى حد الضرورة، وآخر مضطّر إليه لإحياء نفسه، يؤخذ منه الطعام جبراً بالقيمة^(٢)، وليس له إمساكه.

(١) «الموافقات»: (٣٥٥/٢).

(٢) في أخذ القيمة خلاف، ففي المذهب الحنبلي رأي يقول: بوجوب بذله مجاناً، لأن إحياء النفوس واجب. «الطرق الحكمية»: ص ٢٨٨ وما بعدها.

ومن الثاني: إجبار المحتكر على بيع ما في يده للعمامة، إذا كان يضرهم الاحتكار، هذا هو الحكم الفقهي القضائي.

وأما الحكم الخلقي، فقد بيناه في الدعامة الخلقية التي يقوم عليها التشريع الإسلامي؛ وأنه يستحب في هذا الوجه التسوية والإشراك؛ بل الإيثار، ما لم يضيّع عليه مقصوداً من مقاصد الشرع، في المحافظة على نفسه أو دينه أو عقله أو عرضه، فإن توقع حدوث ذلك، كان المقصد الشرعي أولى بالرعاية.

وكذلك القربات لا إيثار فيها، لأنها لله تعالى وحده، ففيها المنافسة^(١)، ومن المقررات الشرعية أن الإيثار في القرب مكروه.

❖ حكم الوجه الرابع:

المفروض في هذا الوجه أن الجالب للمصلحة أو الدافع لا يلحقه من منعه ضرر، وإفضاء فعله إلى الإضرار بغيره قطعي في جري العادة؛ فإقدامه على الفعل - مع علمه بلزوم المضرة بالغير قطعياً - مَظَنَّةٌ لقصده الإضرار، أو هو تقصير في الاحتياط، لتجنب الإضرار، أو تقصير في فهم المعاني الإسلامية^(٢)، وما تُلزمه به من الحرص واليقظة والتعاون على البر والتقوى؛ لعصمة الإنسان عن الإضرار به وإيلامه؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣) فيمنع من الفعل، وإذا فعل ضمن ما يترتب على فعله من ضرر.

والواقع أن هذه المسألة يتعارض فيها أصلان:

الأول: النظر إلى الإذن في ذاته، وقصده لما يجوز له أن يقصد، والفرض أنه لم يقصد الإضرار بغيره، فهذا - من هذه الوجهة - جائز لا محذور فيه.

الثاني: النظر إلى إقدامه على الفعل مع علمه بلزوم مضرة الغير على الوجه القطعي عادة، فمن حيث كونه عالمًا بذلك، ولا يستتبر بترك الفعل؛ فإنه من هذا

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٥٥) وما بعدها.

(٢) المبادئ والقواعد الإسلامية ومقاصدها في الخلق.

(٣) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

الوجه مهمل، أو مقصر في الاحتياط، أو يعتبر إقدامه على الفعل في هذه الحال مَظَنَّة لقصد الإضرار، فيمنع بهذا الاعتبار من باب أولى^(١).

والواقع أن في هذا الوجه خلافاً بين الأصوليين، ومبنى الخلاف: هل النهي عن الشيء لوصف مجاور منفك، يؤثر في صحته إذا وقع، كالصلاة في الأرض المغصوبة؟ للعلماء في هذا الأصل خلاف ليس هنا موضع بحثه؛ فمنهم من رجح المنع، وفي هذه المسألة التي نحن بصدد البحث فيها يمنع، من جهة أنه عالم بالضرر، وبوسعه أن يتفادى وقوعه، فقامت مَظَنَّة أنه يقصده، فالفعل مناقض لقصد الشارع، وكل ما ناقض الشريعة باطل^(٢).

❖ حكم الوجه الخامس:

وهو أن الجالب أو الدافع غير قاصد الإضرار بأحد، ويلزم عن فعله مضرة بالغير نادراً، فيرجح جانب الإذن، لأن العبرة بغلبة المصلحة على المفسدة، لا بندرة المفسدة التي لا تخلو منها مصلحة، ورجحان المصلحة يعتبر ضابطاً للمشروعات.

ويقول الإمام الشاطبي: «لا يعد قصد القاصد إلى جلب المصلحة، أو دفع المفسدة - مع معرفته بندرة المضرة عن ذلك - تقصيراً في النظر، ولا قصداً إلى وقوع الضرر؛ فالعمل إذن باقٍ على أصل المشروعية»^(٣). والتقصير في النظر عدم اتخاذ الاحتياط، أو التقصير فيه.

❖ حكم الوجه السادس:

وهو ما يكون أداء الفعل إلى المفسدة ظناً، فيجربى الظن مجرى العلم في العمليات، وعلى هذا يمنع، ولا يلتفت إلى أصل الإذن والإباحة.

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) «الموافقات»: (٢/٣٥٩).

ووقع الخلاف في هذا الوجه من قِبَل أن المتسبب لم يقصد إلا مصلحة نفسه، ولم يقصد ضرراً بالغير^(١).

❖ حكم الوجه السابع:

وهو الفعل الذي يفضي إلى المفسدة كثيراً؛ ولكن لا يبلغ درجة الأمر الغالب، أي لا يقطع بترتب المفسدة على الفعل، ولا يغلب على الظن ذلك، وإذا لم يعلم ذو الحق بترتب المفسدة، ولا يغلب على ظنه ذلك، فلا يُحْمَلُ تبعه الضرر الواقع، ولا يبطل تصرفه لضرر متوقع؛ لأنه لا يعتبر قاصداً للضرر، وليس من مَظَنَّة لهذا القصد نقيم حكم الرفع أو الدفع على أساسها، كما لا يعتبر مقصراً في الاحتياط؛ لتفادي وقوع المفسدة المترتبة على فعله؛ فيرجح جانب الإذن؛ لأنه الأصل، ولم يعارضه أصل قائم على أساس فقهي سليم.

ومثال ذلك بيع العينة، وهو البيع الذي يتذرع به إلى الربا؛ فالفرض أن أحداً من المتبايعين لم يظهر منه قصد إلى مآل هذا البيع، وليس من مظنة لهذا القصد؛ إذ لا يغلب على الظن أن كل بيع من هذا القبيل مفضٍ إلى الربا، أو يقصد به ذلك؛ إذ لم يصدر من أي من المتبايعين ما يكشف عن الباعث يقيناً ولا ظناً؛ فعلى أي أساس نقيم حكم المنع؟

على أن ما يرجح جانب الإذن - فضلاً عن ذلك - أن الأصل حمل حال المؤمن على الصلاح^(٢).

رأي مالك:

وخالف في ذلك الإمام مالك، فذهب إلى أن إقامة الكثرة مقام العلم أو غلبة الظن يستوجبه الاحتياط في دفع الفساد عن المجتمع، وكثرة وقوع المفسدة كافية

(١) «الموافقات»: (٢/٣٥٩).

(٢) انظر في كل ما سبق من الوجوه «الموافقات»: (٢/٣٤٨ - ٣٥٦) تفصيلاً يدل على النظر الأصولي الدقيق!.

للمنع؛ ولأن الشريعة تقوم على الاحتياط والحزم، وهذا يستوجب إقامة الكثرة مقام غلبة الظن في المعاملات، وإذا كان الأصل هو الإذن، فقد عارضه أصل آخر لا يقل عنه قوة؛ هو عصمة الإنسان غيره من فرد أو جماعة عن الإضرار به وإيلامه؛ لقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»^(١) فترجح هذا الأصل الأخير؛ تطهيراً للمجتمع من الفساد والمقرر في الشريعة أن درء المفاسد مقدم، وعلى هذا؛ فكثرة الفساد داعية إلى هذا الترجيح، وإلى اعتبارها في مرتبة الأمر الغالب.

ويستند الإمام مالك في هذا الترجيح إلى أمور ثلاثة:

الأول: أنه يجب النظر إلى النتائج والثمرات التي تترتب على الأفعال، أي الوقائع المادية الخارجية؛ لأنها هي الأمر الجوهرية في سد الذريعة، وأما النية أو الباعث فأمر ثانوي كما قدمنا.

الثاني: أن كثرة المفاسد توجب اعتبارها في مرتبة الأمور الظنية الغالبة؛ احتياطاً وتقديماً لدرء المفاسد على جلب المصالح، فرجح جانب المنع.

الثالث: أنه قد ورد من الشارع آثارٌ صحيحة تحرم أموراً كانت في الأصل مأذوناً فيها؛ لأنها تؤدي في كثير من الأحوال إلى المفاسد، ولو لم تكن غالبية، من ذلك:

١ - نهى رسول الله ﷺ عن الخلوة بالأجنبية.

٢ - النهي عن أن تسافر المرأة من غير ذي رحم محرم.

٣ - حرمت خطبة المعتدة حتى لا تكذب في العدة.

٤ - النهي عن هدية المديان، إذا لم تجر له عادة بذلك.

كل هذا التحريم؛ لكثرة ما يترتب على هذه الأفعال من المفاسد، وإن لم يقطع بإفضائها إلى هذا المآل، أو يغلب على الظن ذلك.

ويتفق الإمام أحمد مع الإمام مالك في هذا النظر^(٢).

(١) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٢) «إعلام الموقعين»: (٣/١٢٠) وما بعدها.

ما يستنتج من هذه الأحكام

❖ ا - فيما يتعلق بمجال تطبيق النظرية:

أولاً: لم يفرق الفقهاء في الفعل المأذون فيه إذا لزم عنه مفسدة أو ضرر بالغير بين ما إذا كان الشخص المأذون له فيه يباشره بمقتضى ممارسة إباحة أو استعمال حق، وعلى هذا فمجال تطبيق نظرية التعسف في الفقه الإسلامي لا يقتصر على الحقوق؛ بل يشمل أيضاً الإباحات والحريات العامة.

❖ ب - فيما يتعلق بمعايير أو ضوابط التعسف:

أولاً: تمحض قصد الإضرار: يمنع استعمال الحق إذا لم يكن لصاحبه قصد سوى الإضرار بالغير^(١)، يقول الإمام الشاطبي: «كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار»^(٢).

هذا؛ ولعسر الكشف عن هذه النية؛ لأنها أمر نفسي خفي، اكتفوا بمَظَنَّة هذا القصد إذا دل على ذلك القرائن وظروف الأحوال؛ فمن ذلك مثلاً ما ورد في حكم الوجهين الأول والرابع، وهو ما إذا لم يَتَمَحَّض القصد إلى الإضرار؛ بل اختلط بقصد نفع النفس، ومَظَنَّة القصد إلى الإضرار يدل على إصراره على استعمال حقه على وجه يلحق بغيره الضرر، في حين أنه في إمكانه أن يحصل مصلحته من وجه آخر لا يستضر منها غيره؛ فيمنع من التعسف في استعمال حقه على الوجه الضار؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا الإضرار، فالحالتان - كما ترى - سواء في المنع.

ونضيف إلى ذلك أن هذه القرينة في الدلالة على قصد الإضرار مجرد مثال، وهناك قرائن كثيرة يمكن الاعتماد عليها في الكشف عن قصد الإضرار، كتفاهة

(١) راجع حكم الوجه الأول، وراجع «الموافقات»: (٣٤٩/٢).

(٢) «الموافقات»: (٣٤٩/٢)، وقد ذكر ابن رجب من الحنابلة هذا المعيار صراحة في شرحه لحديث: «لا ضرر ولا ضرار» [أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن] حيث يقول: «أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير».

المصلحة التي يريد تحقيقها ذو الحق بالقياس إلى ما يترتب على فعله من أضرار فاحشة؛ فهذه التفاهة مظنة لقصد الإضرار بغيره.

ثانياً: الباعث غير المشروع: فقد رأينا الإمام مالك يمنع الفعل المأذون فيه إذا كثر القصد فيه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، وذلك بالتحايل على قواعد الشرع؛ بتقديم أمر ظاهر الجواز؛ لتحليل محرم، كما في بيع «العينة» يقصد به الحصول على الربا.

ولا خلاف بين الفقهاء في منع الفعل قبل إيقاعه، وإبطال التصرف بعد الوقوع إذا ظهر من الفرد قصد إلى المآل الممنوع، والخلاف فيما إذا لم يظهر عن طريق العبارة، فالإمام مالك رحمه الله يكتفي بالقرائن، فبيع العينة - مثلاً - ينطوي على قرينة تدل على الباعث إلى تحقيق المصلحة غير المشروعة، وهو فعل اللغو، فهو باطل عنده لذلك، خلافاً للشافعية.

ثالثاً: الموازنة بين النفع والضرر: توازن الشريعة - في حكمها على استعمال الفعل المأذون فيه - بين المصلحة التي يتوخاها ذو الحق، والمفسدة التي تلزم عنه، فإذا رجحت كفة الضرر منع الفعل، لأنه أصبح غير مشروع، درءاً للمفسدة الراجعة.

وهذا معيار للتعسف موضوعي مادي يعتمد الوقائع الخارجية بقطع النظر عن المقاصد والنيات.

❖ ما يستنتج من أوجه استعمال الحق مما يتعلق بتكليف التعسف:

يلاحظ أن أحكام وجوه استعمال الحق لا ينتظمها مفهوم التعدي عند القدامى من الفقهاء، أو المتأخرين، لما يلي:

أولاً: أن أصل الفعل التعسفي مأذون فيه، والتعدي يفترض وجود فعل غير مشروع أصلاً.

ثانياً: على فرض اعتبار التعدي يتحقق بنية الإضرار، أو التقصير والإهمال، بقطع النظر عن مشروعية الفعل في الأصل - كما هو مفهومه عند المتأخرين - فإن من وجوه استعمال الحق الذي أوردها الإمام الشاطبي ما افترض فيه انتفاء قصد الإضرار، كما في تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، إذا ترتب عليه ضرر عام، وكما افترض في

الوجه السابع انتفاء العلم بلزوم المضرورة، أو الإهمال في الاحتياط، فلم يعتبر الدافع النفسي والبواعث الشخصية، ولا حتى الإهمال والتقصير، ومع ذلك منع الفعل، فأين معيار التعدي هنا؟^(١).

❖ د - ما يتعلق بوظيفة نظرية التعسف:

إن مبدأ سد الذرائع قائم على دفع ضرر متوقع، بتحريم التسبب فيه، والمنع من ممارسته قبل وقوعه، وهذا هو الدور الوقائي الذي تقوم به نظرية التعسف؛ إذ تمنع صاحب الحق من ممارسته حقه على نحو تعسفي؛ توقيماً من وقوع الضرر، أو الانحراف عن غاية الحق؛ وبذلك تكون نظرية التعسف أوسع مجالاً من نظرية التعدي في الفقه الإسلامي؛ لأن هذه الأخيرة لا تثور المسؤولية فيها إلا بعد وقوع الضرر، هذا بالإضافة إلى دورها في معالجة ما يترتب على الاستعمال التعسفي حال وقوع الضرر فعلاً؛ بترتيب المسؤولية والجزاء بعد أن يقطع سببه؛ حتى لا يستمر مستقبلاً.

المطلب الثاني

❖ القاعدة الثانية:

قاعدة الحيل

يقول الإمام الشاطبي في تعريف الحيلة: «وحقيقتها: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر^(٢)، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة^(٣).. إلخ». والاحتيال 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 الشرعي^(٤).

(١) كتاب «مالك» للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤١٤.

(٢) «الموافقات»: (٢٠١/٤)، و«الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية ص ٢٨٢.

(٣) «الموافقات»: (٢٠١/٤).

(٤) ومعنى «هادم» هنا، أي: مناقض.

وبيان وجه المناقضة أن الهبة التي ندب الشرع إليها، المقصود بشرعيتها تطهير النفس من الشح، وإرفاق المساكين، ومدّ يد العون إلى الملهوفين، أو مكافأة من أسدى العون؛ توثيقاً لروابط المودة؛ ولكن هبة المال قرب نهاية الحول - وهو تصرف في حق الملكية - فراراً من الزكاة وإسقاطها، فيها تقوية لرذيلة الشح، وحرمان الفقراء من حقهم، فمناقضة قصد الشارع في الهبة الصورية - كما ترى - ظاهرة.

على أن قصد الشارع في الهبة المشروعة - كما بينا - لا تُنافي قصد الشارع في الزكاة؛ ولكن في الهبة الصورية التي اتخذت وسيلة لإسقاط واجب الزكاة مناقضة ظاهرة لقصد الشرع في الهبة المشروعة والزكاة المفروضة على سواء.

فالقصد غير الشرعي - كما يقول الإمام الشاطبي - هادم للقصد الشرعي، وأن التعسف في استعمال الحق الذي يقصد فيه معاندة الشارع وهدم قصده، تعسف من الطراز الأول.

وابن القيم يعتمد في إبطال الحيل على مبدأ هو: أن الأصل في الأحكام التعليل، وأنها شرعت لمصالح العباد في المعاش والمعاد، فالاحتياط على تحليل المحرم، أو إسقاط الواجب، مناقضة لقصد الشارع، وتعطيل للمصالح، وتحقيق للمفاسد.

ويقول ابن القيم: ومما يدل على بطلان الحيل وتحريمها أن الله تعالى إنما أوجب الواجبات، وحرم المحرمات، لما تتضمن من مصالح عباده في معاشهم ومعادهم، فإذا أحتال العبد على تحليل ما حرم الله، وإسقاط ما فرض الله، وتعطيل ما شرع الله، كان ساعياً في دين الله بالفساد من وجوه:

أحدها: إبطالها لِمَا في الأمر المحتال عليه من حكمة الشارع، ونقض حكمته فيه، ومناقضته له.

الثاني: أن المحتال به ليس له عنده حقيقة، ولا هو مقصوده؛ بل ولا هو ظاهر المشروع؛ فالمشروع ليس مقصوداً له بل هو المحرم نفسه^(١).

(١) كما مر في مذهب مالك.

فابن القيم يعبر عن التعسف بنقض حكمة الشارع، أو المناقضة لها، أو هو استعمال الحق في غير ما شرع له. وهذا هو عين التعسف.

ويصور ابن القيم هذه المناقضة في الحيل بقوله:

«وتجوز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، فإن الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن، والمحتمل يفتح الطريق إليها بحيله، فأين من يمنع الجائز خشية الوقوع في المحرم، إلى من يعمل الحيلة في التوصل إليه؟»^(١).

ولقد تنبه بعض الفقهاء الغرب المُحدثين - جوسران - إلى هذا المعنى، وجعل التعسف هو التحايل على غاية الحق^(٢).

بينما يقرر فقهاء الإسلام هذا المعنى منذ أمد بعيد، ويفصلون القول فيه بما لم يعهد في أي شريعة من الشرائع، فالتحايل هو العمل المخالف لروح الحق، والغرض الاجتماعي أو الاقتصادي الذي شرع من أجله.

والخلاصة: أن التحايل بأمور ظاهرة الجواز قصداً إلى إبطال حكم شرعي، هو من صميم التعسف.

ويقيم ابن قيم الجوزية الدليل على إبطال الحيل بقوله ﷺ:

«إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٣) فيقول: إن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه، لا ما أعلنه وأظهره، وهذا نص في أن من نوى التحليل^(٤) كان محللاً، ومن نوى الربا بعقد البيع كان مراياً^(٥).

وإذا كان قصد المتحايل مناقضاً لقصد الشارع، فليعامل بنقيض قصده، وليُبطل عمله ولا ينفذ.

(١) «إعلام الموقعين»: (٣/ ١٤٠) وما بعدها.

(٢) «روح الحقوق ونسبته» لجوسران. نبذة ٢٩١.

(٣) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.

(٤) أي تحليل المطلقة ثلاثاً من زوجها المطلق عن طريق زواج صوري يسمى نكاح التحليل.

(٥) «إعلام الموقعين»: (٣/ ١٤٢ و ١٤٣). راجع الأدلة على إبطال الحيل.

يقول ابن القيم: «ولكن الذي ندين الله به، تحريمُها - تحريم الحيل - وإبطالُها، وعدم تنفيذها، ومقابلة أربابها بنقيض مقصودهم، موافقة لشرع الله وحكمته...»^(١).
ومن هنا استنبط الفقهاء قاعدة «الأمر بمقاصدها»، فلا بد من شرح هذه القاعدة، والأصل الذي استندت إليه، ووجوه صلتها بنظرية التعسف.

❖ الأمر بمقاصدها^(٢)

معنى هذه القاعدة: أن الأعمال مرتبطة بالنيات ومعتبرة بها، فالنية هي الميزان الذي توزن به الأعمال وسائر التصرفات، وهي المرجع في الحكم على الأعمال من حيث الحل والحرمة والصحة والفساد.
والأصل^(٣) في هذه القاعدة قول النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٤).

قيل إن هذا الحديث يحتمل وجهين من المعنى:

الأول: أن الأعمال واقعة بالنيات، فالحديث يخبر أن الأعمال لا تحدث إلا بنية تدفع إلى إيجادها، وقوله ﷺ: «إنما لكل امرئ ما نوى» إخبار عن حكم الشرع، وهو أن العامل يناله ثواب أو عقاب على ضوء من نيته صلاحاً أو فساداً.

الثاني: أن الأعمال سالحة أو فاسدة أو مقبولة أو مردودة، أو مثاب عليها، أو غير مثاب عليها، بالنيات، فيكون خبراً عن الحكم الشرعي، وهو أن صلاحها وفسادها بحسب صلاح النية وفسادها، كقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالخواتيم»^(٥) أي أن صلاحها وفسادها، وقبولها وعدمها بحسب الخاتمة^(٦).

ويقول ابن رجب: وقد استدل بقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ

(١) «إعلام الموقعين»: (٣/١٥٦).

(٢) «مجلة الأحكام العدلية» / مادة/ ٢.

(٣) الدليل الشرعي.

(٤) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.

(٥) أخرجه البخاري: ٦٤٩٣، ومسلم: ٣٠٦، وأحمد: ٢٢٨٣٥، من حديث سهل بن سعد الساعدي.

(٦) «جامع العلوم والحكم» ص ١٨.

ما نوى» على أن العقود التي يقصد بها معنى الربا ونحوها، كما هو مذهب الإمام مالك وأحمد وغيرهما، فإن هذا العقد إنما نوى به الربا لا البيع، «وإنما لكل امرئ ما نوى»^(١).

قلنا: إن الحديث أصل لقاعدة «الأمر بمقاصدها» وفي مجلة الأحكام العدلية شرح لهذه القاعدة كما يلي:

«إن الصور الحسية التي توجد في الخارج لأي أمر من الأمور، لا تأخذ حكماً شرعياً بالاستناد إلى محسوسيتها فقط، بل بالانضمام إلى المقصد والغرض الذي هو الحامل - الباعث - على إيقاع تلك الصورة وإحداثها»^(٢).

ولما كان القصد أو الباعث يمثل المعيار الذاتي لنظرية التعسف، كانت صلة القاعدة بالنظرية واضحة، وأصبح لزاماً علينا أن نتناول بالبحث فكرة الباعث في الفقه الإسلامي، وأثرها في العقود والتصرفات، وأراء أئمة المذاهب في هذا الصدد.

المطلب الثالث

الباعث في الفقه الإسلامي

كان للفقه الإسلامي فضل السبق في إرساء مبدأ «الرضائية في العقود» تأسيساً على احترام سلطان الإرادة، قبل أن تعرفه أوروبا بقرون، ويقضي هذا المبدأ بأن يتم العقد ويُنتج آثاره بمجرد اتفاق إرادتين، دون توقف على شيء من الإجراءات والمراسيم الشكلية، شريطة أن يكون إبرام العقد موافقاً للشرع.

ومعنى هذا أن هذه الإرادة قد يحركها باعث؛ لإنشاء تصرف هو في ظاهره مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية، من توافر الإيجاب والقبول، وأهلية تامة للعاقدين، ومحلية للعقد قابلة لحكمه؛ لتحقيق أغراض غير مباشرة، تجاوز الحدود الأخلاقية، أو تعارض المصلحة العامة، أو بعبارة أخرى: تناقض مقاصد التشريع.

(١) المرجع السابق، و«إعلام الموقعين»: (١٤٢/٣) وما بعدها.

(٢) «شرح الأدلة الأصلية على مجلة الأحكام العدلية»، الجزء الأول، لمحمد سعيد مراد الغزي ص ٨.

فوقاية من تعسف الإرادة، وما يؤول إليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة، أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الإرادة، أو على مبدأ الرضائية، حتى لا تناقض مقاصد التشريع فيما تنشئ من تصرفات هي في ظاهرها جائزة؛ ولكن في تنفيذها - بالنظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائية غير مباشرة - ما يمس المصلحة العامة، أو يضرُّ الغير ضرراً فاحشاً، أو يهدم مقاصد التشريع.

❖ تحديد معنى الباعث:

يقصد بالباعث: الدافع النفسي الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر.

والمقصود هنا الدافع إلى تحقيق غرض غير مشروع، يجاوز الحدود الأخلاقية، أو يمس المصلحة العامة، أو يناقض مقاصد التشريع.

فعقد البيع مثلاً من نتائجه المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري، وانتقال ملكية الثمن للبائع، أما الغرض غير المباشر الذي يمكن أن يكون باعثاً لأحد المتعاقدين، أو لكليهما، فنحو أن يبتغي المشتري اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم، كمن يشتري عنباً ليتخذه خمراً مثلاً، فاتخاذ عصير العنب خمراً باعث حمل المشتري على إنشاء عقد البيع مع البائع، وهو دافع - كما نرى - غير مشروع؛ لأنه يرمي إلى تحقيق غرض يحرمه الشارع.

هذا، والباعث - كما هو واضح - أمر نفسي ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد؛ لأنه ليس ركناً في التصرف داخلياً في ماهيته، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوده، وإذا كان الباعث أمراً ذاتياً، فهو متغير، أي يختلف باختلاف الأشخاص.

إذن، يمتاز الباعث بالخصائص الآتية: بأنه ذاتي، وخارج عن نطاق التعاقد، وأنه متغير، وهذه نتيجة لكونه أمراً نفسياً ذاتياً^(١).

وإذا تعددت البواعث، فالعبرة عندئذ للباعث الرئيس.

(١) «الوسيط» للدكتور السهوري: (١/٤٥٧).

ففكرة الباعث إذن وسيلة لإبطال التصرف الذي ظاهره الجواز، ويقصد به الوصول إلى أغراض وغايات محرمة، وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذي أشار إليه الإمام الشاطبي في تعريفه للحيلة بقوله:

«وحقيقتها تقديم عمل ظاهر الجواز؛ لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر»^(١)، أي من تحليل محرم أو إسقاط واجب، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع، وقد بين الإمام الشاطبي هذه المناقضة بقوله: «فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة»^(٢)، والخرم هو الإبطال، فالمناقضة ظاهرة.

مكانة الباعث في الفقه الإسلامي

قدمنا أن الفقه الإسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية^(٣) والأدبية المقام الأول في تشريعه؛ لسبب بسيط، هو أنه فقه ديني الصبغة، وقد فصلنا القول في ذلك أثناء البحث في مثالية الفقه الإسلامي، والدعامة الخلقية التي يقوم عليها فضلاً عن القواعد التشريعية التي يستند إليها، وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك، من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠]، وقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ﴾ [الأعراف: ٣٣]، وقوله تعالى في وصف ما جاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع ﴿وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: ١٤٧].

كل ذلك يقتضي وجوب أن يعتد بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها؛ فكان الفقه الإسلامي ذا نزعة ذاتية، كما ترى!

غير أنه إلى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية أيضاً، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه، كل ذلك منوط بالكيان

(١) «الموافقات»: (٤/٢٠١).

(٢) المرجع السابق.

(٣) راجع «الدعامة الخلقية في الفقه الإسلامي وأثرها في تقييد الحق».

التعبيري للتصرف الذي تفصح عنه العبارة، ومقتضى هذه النزعة ألاّ يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الأمور النفسية الخفية كالبواعث، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرماني^(١) ذي النزعة الموضوعية الذي لا يبحث فيما يتعلق بنشأة الالتزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له؛ فلا يبحث عن غايات نهائية، وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيري الفني الذي هو مظهر للإرادة؛ بل هو الإرادة.

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات.

ويبين الأستاذ الدكتور السنهوري هاتين النزعتين في الفقه الإسلامي إذ يقول:

«على الرغم من أن الفقه الإسلامي - تجاه نظرية السبب - ذو نزعة موضوعية بارزة، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، حتى كان أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرماني، إلا أنه من جهة أخرى فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وهذا يقتضي أن يعتد فيه بالباعث الذي يقاس به شرف النوايا وطهارتها؛ فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب - وهي حُلُقِيَّة في المقام الأول - مكان ملحوظ يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني»^(٢).

وإذا كان الفقه الإسلامي - بحكم كونه ديني الصبغة - ينزع نزعة ذاتية، تعتد بالبواعث والنوايا، غير أنه لم يضع في أي مذهب من مذاهبه نظرية عامة للباعث؛ ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية، ويمكن عن طريق تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها استخلاص نظريات عامة، كنظرية الباعث مثلاً.

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية

لا خلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع إذا أسفر عنه التعبير الصريح في صلب العقد يبطله؛ لاقتترانه بشرط محظور محرم^(٣).

(١) «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» للدكتور السنهوري : (٥٣/٤)، و«التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٩٠ وما بعدها.

(٢) «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» للدكتور السنهوري : (٥٣/٤).

(٣) «التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٩٣ .

أما إذا لم يتضمنه التعبير، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمناً، ففي الاعتداد به خلاف بين الفقهاء.

فالحنبلة يعتدون بالبائع، ولو لم يتضمنه التعبير الصريح عن الإرادة، فإذا تبين أنه غير مشروع - ولو عن طريق القرائن - أبطل الالتزام، ولم يترتب عليه أثر؛ وبذلك يأخذ الحنبلة بالنزعة الذاتية.

أما الحنفية والشافعية، فقد ذهبوا إلى أنه لا اعتداد بالبائع غير المشروع ما دام لم يتضمنه التعبير، والتصرف صحيح؛ بالنظر إلى سلامة كيانه الفني التعبيري ظاهراً، من حيث هو تصرف مستكمل لأركانه وشروطه الشرعية.

فوجود التصرف الشرعي، ووجوب تنفيذه، منوطان شرعاً بصدور العبارة الصحيحة في صورتها الدالة عليه من أهلها، ويقولون: إن نصوص الكتاب والسنة؛ بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك.

هذا، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالبائع إذا دل عليه طبيعة المحل ضمناً كما سيأتي.

فهذا الفريق لم يُفسح المجال أمام القضاء لتحري البواغث النفسية، يحكم على صحتها بصحة التصرف أو بطلانه؛ بل يكتفي بالعبارة الظاهرة أو الإرادة الظاهرة. ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية:

مذهب الحنفية:

قلنا: إن مذهب الحنفية لا يعتد بالبائع إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد، فمن الأول ما جاء في الزيلعي: «ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي؛ لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً؛ إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق على المعصية، لكان ذلك مضافاً إلى الشارع، من حيث إنه شرع عقداً موجباً للمعصية، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً...»^(١).

(١) الزيلعي: (١٢٥/٥).

وفي «الفتاوى الخانية»: «رجل استأجر فحلاً لينزى به، لا يجوز ذلك، ولا أجر فيه، وكذا النائحة والمغنية، وإن استأجر المسلم ذمياً لبيع الخمر أو الميتة أو الدم، لم يجز، لورود النهي عن ذلك»^(١).

وفي «البدائع»: «لا تجوز إجارة الإمام للزنى؛ لأنها إجارة على المعصية»^(٢).

وجاء في «مختصر الطحاوي»: «من كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمرأً دون من يخاف ذلك عليه؛ لأن العصير حلال، فبيعه حلال، كبيع ما سواه من الأشياء الحلال، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشتري فيها، وإنما جاز هذا العقد إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمناً أن يتخذه المشتري خمرأً، فالبيع في هذه الحال صحيح، ولو اتخذه المشتري بعد ذلك خمرأً»^(٣).

وهكذا نرى المذهب الحنفي لا يعتد إلا بمشروعية محل العقد، ما دام لم يرد في صيغته، أو لم يمكن أن يستخلص من محل العقد ما يسفر عن الباعث صراحة أو ضمناً.

هذا، وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والمعصية؛ ولكن الخلاف بين الإمام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية، فالإمام يرى أن الباعث ما دام لا يوجد ما يسفر عنه صراحة لا يعتد به، فليُنظر إلى محل العقد؛ فإذا قامت المعصية بذاته؛ فلا يجوز العقد عندئذ، أما إذا لم تقم المعصية بعينه، فيجوز.

أما الصحابيان فقد جاوزا المحل، ونظرا إلى الباعث غير المشروع، وقالوا بالكراهة، كما في التحايل على إسقاط الشفعة، وكما في بيع العينة.

جاء في الاختيار^(٤): «وتكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها عند

(١) «الفتاوى الخانية»: (٢/٣٢٢).

(٢) «البدائع»: (٤/١٩٠).

(٣) ص ٢٨٠.

(٤) «الاختيار لتعليل المختار»: (٢/٦٨).

أبي يوسف؛ لأنه منع من وجوب الحق، ويكره عند محمد؛ لأنها شرعت لدفع الضرر، والحيلة في إسقاط الزكاة على هذا، ويُقصد بالكراهة التحريمية.

فتعليل الإمام محمد صريح بأن الكراهة للتعسف؛ لأن في إسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع؛ فإذا شرعت الشفعة لدفع الضرر، فإسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي إلى الإضرار، وهو مناقضة لقصد الشارع، وكذلك إسقاط الزكاة.

وبوجه عام، فإن المذهب الحنفي لا يقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعاً، لا تقوم معصية بذاته، فمن ذلك ما جاء في الزيلعي:

«وجاز بيع العصير من خمار؛ لأن المعصية لا تقوم بعينه؛ بل بعد تغيره، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة، لأن المعصية تقوم بعينه، فيكون إعانة لهم وتسبيحاً، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية؛ ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعاً فيكون الفساد إلى اختياره».

فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد، ولا ينظر إلى الباعث غير المشروع، ولو قامت القرائن على وجوده، فكون المشتري خماراً قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع، وهو اتخاذه خمرأ، ومع ذلك لم يتلفت إليه، لا يقال: إنَّ السلاح في ذاته ليس بمعصية، فلم يأخذ حكم العصير، قلنا: لأنه أمكن استخلاص الباعث من طبيعته؛ ولأنه تعين طريقاً للمعصية في هذه الحال.

ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي إذا نُصَّ عليه صراحة على سبيل الشرط، فيبطل العقد، من ذلك ما جاء في ابن عابدين: «لا تصح الإجارة لأجل المعاصي، مثل الغناء والنوح والملاهي، ولو أخذ بلا شرط يباح»^(١).

ويورد الإمام الكاساني تطبيقات فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من طبيعة محل العقد، وحكمها عدم الجواز، منها ما جاء في «البدائع»: «وأما القرد - أي شراء القرد - فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان في جوازه وعدم جوازه، وجه رواية عدم

(١) «رد المحتار»: (٥/ ٣٥ - ٣٦).

جوازه أنه غير منتفع به شرعاً؛ فلا يكون مالاً كالخنزير، ووجه رواية الجواز، أنه إن لم يكن منتفعاً به بذاته يمكن الانتفاع بجلده؛ فكان بالنظر إلى جلده مالاً، وجاز لذلك شراؤه، والصحيح عدم الجواز؛ لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده عادة؛ بل للهو به، وهو حرام، فكان هذا بيع الحرام للحرام، وأنه لا يجوز.

٢ - مذهب الإمام الشافعي:

يأخذ الإمام الشافعي رحمه الله بالنزعة الموضوعية؛ فيذهب إلى أن العقود والالتزامات لا تؤثر فيها البواعث النفسية الخفية، «فالسبب هو الإيجاب والقبول، وهما تامان، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها، ومحلية العقد قابلة؛ فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد - أي بالباعث - ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة؛ لأن الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب حكمه»^(١).

يقول في كتابه «الأم»:

«أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر، لم أبطله بتهمة، ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه، ممن يراه أنه يقتل به ظلماً؛ لأنه قد لا يقتل به؛ ولا أفسد عليه هذا البيع، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه؛ لأنه باعه حلالاً، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر، لم أفسد النكاح؛ وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد»^(٢).

وهكذا يفسر الإمام الشافعي الشريعة تفسيراً مادياً على الظاهر لا على ما بطن^(٣). ويقول في موضع آخر: «غير أنهما إذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه؛ فالنكاح

(١) «إعلام الموقعين»: (٣/ ١٧٢ - ١٧٣).

(٢) «الإمام الشافعي»: (٣/ ٦٥).

(٣) «الشافعي» للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٣١٧ - ٣١٨.

ثابت، ولا تُفسد النية من النكاح شيئاً؛ لأن النية حديث نفس، وقد وُضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم، وقد ينوي الشيء ولا يفعله، وينويه ويفعله، فيكون الفعل حادثاً غير النية، كذلك لو نكحها ونيتها، أو نية أحدهما دون الآخر، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها، فيحللها لزوجها، ثبت النكاح... ما لم يقع النكاح بشرط ما يفسده»^(١).

وهذه النصوص تدل صراحة على تشدد الإمام الشافعي في تمسكه بالظاهر «فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعها التي لا تذكر وقت العقد، وإن كانت بينة من أحوالهما»^(٢) فلا يعتد إلا بصيغة العقد، وما تضمنته عبارته، ولا يلتفت إلى القرائن وملابسات الأحوال، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذ ذريعة لأمر محرم؛ بل يحكم بصحة العقد، وفي هذا يقول الإمام الشافعي: «يبطل حكم الإزكان من الذرائع في النكاح وغيرها، ويحكم بصحة العقد»^(٣).

٣ - مذهب الإمام أحمد:

يأخذ الإمام أحمد بالنزعة الذاتية، فيعتد بالبائع غير المشروع، ولو لم تتضمنه صيغة العقد؛ فإذا تبين ذلك أبطل به العقد، ما دام قد اتخذ العقد وسيلة إلى أمر غير مشروع؛ لأن في تنفيذه إعانة على المعصية والعدوان، وذلك منهى عنه بالنص.

ولا يشترط - لإبطال التصرف في العقود، إذا تبين أن البائع عليه غير مشروع - سوى علم الطرف الآخر بهذا البائع، ضماناً لاستقرار التعامل.

ويقول ابن القيم: «القصد روح العقد ومصححه ومبطله؛ فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ؛ فإن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت، واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره، واعتباراً لما يجب إلغاؤه»^(٤).

(١) «الأم»: (٧١/٥).

(٢) «الشافعي» للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٣١٧ وما بعدها.

(٣) «إعلام الموقعين»: (٨٢/٣).

(٤) «إعلام الموقعين»: (٨٢/٣).

ويقول في موضع آخر مؤكداً إعمال البواعث في التصرفات، وأن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها:

«وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً»^(١).

صلة فكرة الباعث بنظرية التعسف في المعاوضات

رأينا أن فكرة الباعث قد أخذ بأصلها جميع الفقهاء، وانحصر اختلافهم فيما يتحقق به التذرع إلى الغرض المحرم، أي في المناط الذي يتحقق به التحايل على قواعد الشرع، ونشأ عن ذلك نزعتان: إحداهما: مادية موضوعية لا تعتد بالباعث إلا إذا ورد في صيغة العقد، ودلت عليه العبارة الظاهرة، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد، والأخرى: ذاتية تعتد به، ولو لم تتضمنه صيغة العقد، اكتفاء بالقرائن الدالة عليه.

ومن أجل هذا كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مثمرة، تقيد الإرادة في كل تصرف؛ لتحافظ على مقصود الشرع، ونظرية التعسف في استعمال الحق ليست إلا تطبيقاً لفكرة الباعث في بعض معاييرها^(٢).

❖ مرونة الباعث وضابطه:

على أن الباعث - بما هو عامل نفسي ذاتي - يختلف باختلاف الأشخاص، وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد، لا بد من ضابط له حتى لا يكون سبباً في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها.

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه، فمنهم من اشترط أن يكون منصوباً عليه

(١) المرجع السابق ص ٨٤.

(٢) ومن جوانب نظرية التعسف التي لا تحكمها فكرة الباعث الأضرار الفاحشة التي تلحق بالجار، والتي تلزم عن استعمال حق الملكية بقطع النظر عن قصد إحداثها.

في صلب العقد، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا، ومنهم من لم يشترط ذلك؛ بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر به، أو بوجود قرائن يفترض معها هذا العلم، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية، ومنهم من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة؛ فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد، اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن، عملاً بالاحتياط الذي يوجب اعتباره هذه الكثرة في مرتبة الأمور الظنية الغالبة^(١) كما قدمنا.

❖ اشتراط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع في المعاوضات:

غير أن إعمال الباعث غير المشروع على هذا النحو في المذهب الحنبلي يُفضي إلى زعزعة التعامل؛ فكل متعاقد بوسعه أن يدعي الباعث غير المشروع؛ لإبطال التصرف؛ لذا - وضماناً لاستقرار التعامل - اشترط علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع، أو أن يكون بحيث يفترض فيه هذا العلم.

وجاء في «كشاف القناع»: «ولا - أي لا يصح - بيع سلاح ونحوه في فتنة، أو لأهل حرب، أو لقطاع طريق، إذا علم البائع ذلك من مشتريه، ولو بقرائن، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢] ويصح بيع السلاح لأهل العدل، لقتال البغاة، وقاتل قطاع الطريق؛ لأن ذلك معونة على البر والتقوى»^(٢).

(١) وهذا هو رأي الإمام مالك؛ توسعاً منه في إعمال الباعث غير المشروع، باعتبار وجود مظنته البعيدة. «الموافقات»: (٢/ ٣٦١) وما بعدها.

(٢) «كشاف القناع»: (٣/ ١٤٦).

- انظر كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ قاعدة عامة تنقيد بها الحقوق سلباً وإيجاباً، كما يجعلونها قيداً يرد على العمومات؛ تحريماً لمقصد الشارع، ويحتكمون إليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى.

وجاء فيه أيضاً: «ولا يصح بيع ما قصد به الحرام، كعنب وعصيره لمتخذها خمرًا، وكذا زبيب ونحوه»^(١).

وفي «المغني» لابن قدامة: «وبيع العصير ممن يتخذه خمرًا باطل».

«وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرًا حرام، ولنا قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وهذا نهى يقتضي التحريم».

«وروي عن النبي ﷺ أنه لعن في الخمر عشرة»^(٢)؛ ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد لها للمعصية، فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يزني بها، والآية^(٣) مخصوصة بصور كثيرة، فيخص منها محل النزاع بدليلنا، وقوله: تمّ البيع بشروطه وأركانه، قلنا: لكن وجد المانع منه».

«إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك»^(٤).

«فأما إن كان الأمر محتملاً، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله، أو من يعمل الخل والخمر معاً، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز، وإذا ثبت التخمين فالبيع باطل. وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إيجارتها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها؛ أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا».

«وقد نص الإمام أحمد على مسائل نتهى بها على ذلك؛ فقال في القصاب والخباز: «إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يخترط الأقداح لا يبيعه ممن يشرب فيها، ونهى عن بيع الدباج للرجال، ولا بأس ببيعه للنساء، وروي عنه: «لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار».

(١) «كشاف القناع»: (٣/١٤٦).

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط»: ١٣٥٥، من حديث أنس.

(٣) أي قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزِّنَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وهي الآية التي تمسك به أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقد إذا لم يرد في صيغة العقد ما يدل على الباعث غير المشروع.

(٤) «المغني» لابن قدامة: (٤/٢٢٣)، وراجع «إعلام الموقعين» لابن قيم الجوزية: (٣/١٣٨ - ١٣٩).

«وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلاً»^(١).

٤ - المذهب المالكي:

جاء في «الموافقات» للإمام الشاطبي: «إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات»^(٢) وأورد الأدلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل.

وقدما أن الإمام مالك يُعْمَلُ الباعث غير المشروع في التصرف، فيبطله إذا تبين، أو قامت مَظَنَّة؛ بل ذهب إلى اعتبار ما يؤدي إليه التصرف من المحذور في الكثرة من الأحوال - ولو لم يصل أداؤه للمفسدة في الغالب من الظن، فضلاً عن القطع واليقين - مَظَنَّةً للباعث غير المشروع؛ عملاً بالاحتياط والتحرز عن الفساد؛ لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط^(٣).

جاء في «التبصرة» لابن فرحون في مسائل البيوع:

«ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب، يعني من الحربيين، ويلحق بذلك بيع الخشب لمن يعمل منها صلياً، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة، والعنب لمن يعصره خمراً»^(٤).

ويقول في مؤيد هذا المنع: «ويؤدّب من يبيع آلات اللهو، ويفسخ البيع، ويكسر، ويؤدّب أهل ذلك»^(٥).

غير أن الباعث غير المشروع إذا اقتضى المنع في مذهب المالكية؛ لكن يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ؛ دَرءاً للمفسدة، كما جاء في النص السابق عن «التبصرة».

(١) «المغني» لابن قدامة: (٤/٢٢٣)، و«كشاف القناع»: (٣/١٤٦).

(٢) : (٢/٣٢٤).

(٣) «الموافقات» للشاطبي: (٢/٣٢٣)، وراجع كتاب «مالك» للأستاذ المرحوم الشيخ أبي زهرة ص ٤١٢.

(٤) «التبصرة» لابن فرحون: (٢/١٤٧).

(٥) المرجع السابق.

هذا وجاء في الخطاب: «بيع العنب لمن يعصره خمراً، وبيع ثياب الحرير لمن يلبسها - أي من الرجال - غير جائز»^(١)

فهذا النص يقضي ببطالان الالتزام، بينا النص السابق لا يجيز استدامة آثاره؛ لما يترتب عليه من مفساد وآثام.

وجاء في «المدونة»^(٢): «وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليياً، وبيع العنب لمن يعصره خمراً على أحد القولين، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين، أو إثارة الفتنة بينهم، كما لا يجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحون في الفساد، وعدم الغيرة، وهم آكلون للحرام، ويطعمون منه».

وفي «الشرح الكبير» للدردير والدسوقي عليه:

«يمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز، كبيع جارية لأهل الفساد، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خُمارة، وبيع خشبة لمن يصنعها صليياً، وبيع العنب لمن يعصره خمراً، والنحاس لمن يتخذة ناقوساً، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحربيين، كسلاح أو كراع وسرج وكل ما يتقوون به في الحرب، من نحاس أو خباء أو ماعون، ويجبرون على إخراج ذلك من ملكهم، ولا يفسخ البيع».

وقال ابن رشد: «والخلاف في هذا مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري يفعل ذلك، أما إذا لم يعلم، ثم ظهر أنه يفعل ذلك، فإن البيع لا يفسخ بلا خلاف، ولكن يجبر المشتري على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه».

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بإعمال البائع غير المشروع في المعاولات عند المالكية وجهتان من النظر:

الأولى: أن العقد لا ينعقد بتأثير البائع غير المشروع، إلا إذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب.

(١) «شرح الخطاب»: (٣/٢٦٣ - ٢٦٤).

(٢) : (٤/٢٥٣، ٢٥٤).

الثانية: أن العقد ينعقد، ولكنه واجب الفسخ، إذا لم يعلم البائع بقصد المشتري؛ بل يجبر هذا على إخراجه من ملكه، فأراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الأخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية؛ ولكننا نرجح أن المذهب المالكي أميل إلى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يلي:

أولاً: إن المحققين من أصولي المذهب المالكي قد حملوا لواء النزعة الذاتية، وأفاضوا القول فيها، وأقاموا الأدلة على أصالة هذا المبدأ في الشريعة، وهو الذي يتفق ومقاصدها الأساسية، ولم يقصروا أثر القصد على العبادات، بل برهنوا على شمول هذا الأثر للعبادات والمعاملات، وأوجبوا - ليكون التصرف سليماً نافذاً - أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، ويقصدون بالقصد هنا ما يشمل الباعث، يرشدنا إلى هذا إقامتهم الأدلة على إبطال نكاح التحليل، إلى جانب إقامتهم الحجج على إبطال بيع الآجال التي يقصد بها تحقيق الربا، كما في بيع العينة، وبينوا مناقضة قصد الشارع في التحايل على إسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول؛ وعلى هذا فقد شمل إعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل، وعقود المعاوضات والتبرعات على سواء^(١).

ثانياً: إن المذهب المالكي هو أكثر المذاهب الفقهية توسعاً في تطبيق مبدأ الذرائع^(٢)، وهو مبدأ يتجه اتجاهين:

الأول: اتجاه الباعث على التصرف.

الثاني: اتجاه إلى مآل التصرف ونتائجه.

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة، مع اعتباره مبدأ سد الذرائع أصلاً هاماً لاستنباط الأحكام في فقهه؛ حتى صار يعرف فقهه به.

ثالثاً: على أن الإمام مالك رحمه الله قد قال ببطلان بيع العينة، ولو لم يكن قد توفر الباعث لدى المتعاقدين أو أحدهما، واكتفى بالمَظَنَّة البعيدة لهذا الباعث، وهي

(١) «الموافقات»: (٢/ ٣٢٣ و ٣٣١ و ٣٣٣) وما بعدها.

(٢) «الموافقات»: (٤/ ٢٠٠) وما بعدها.

إفضاء هذه المعاملة في كثير من الأحوال إلى أمر محرم، وهو الربا، حتى ولو لم تبلغ هذه الكثرة مرتبة الأمور الغالبة على الظن، إذا ثبت هذا، فلا ن يقول بطلان التصرفات التي توافر فيها الباعث بدلالة القرائن من باب أولى.

كذلك قال بتوريث كل مبانة في مرض الموت، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة، وهو حرمانها من الإرث، اكتفاء بهذه المظنة أو القرينة، وهي مرض الموت؛ إعداماً لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف من المجتمع؛ سداً للذريعة؛ واحتياطاً لدرء المفسدة؛ وتطبيقاً لنظرية التعسف في أوسع مدى.

فكرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على أن عبارة المتبرع إذا تضمنت ما يدل على أن الباعث عليه أمر محظور، لا تُنشئ الالتزام؛ لأنه التزام محرم، وكل محرم باطل.

فالوصية لجهة محظورة، كالوصية بمال يشتري به خمرًا، أو للنواح، أو كالوصية لمعابد الوثنيين^(١)، وصية باطلة؛ لأن هذا الالتزام الانفرادي تَمَحُّضٌ معصيةً وشرًا، فيكون باطلاً.

أما إذا لم تتضمنه العبارة، فيجري فيه الخلاف الذي جرى في عقود المعاوضات على ما بينا آنفاً.

غير أنه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات، لا يشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر به، كما في العقود ذات الطرفين؛ بل لا يتصور اشتراطه؛ لأن التبرع التزام انفرادي من طرف واحد، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه.

ومن ذلك أيضاً وصية الضرار؛ فإذا تبين أن الموصي يقصد بوصيته الإضرار بورثته، بطلت وصيته؛ لأن الإضرار بالورثة أمر محرم محظور.

فإذا ما صدرت وصية مثلاً، وجب البحث عن الباعث الذي دفع الموصي إلى

(١) «المغني»: (٦/٣٣١).

الإيضاء، وذلك بالنظر فيما اشترطه، وما صدر عنه من أقوال، وما احتف بالتصرف من قرائن، فإذا تبين أن الباعث منافع لمقاصد الشرع، كانت الوصية باطلة، وإذا كثرت البواعث، فالمعول عليه هو الباعث الرئيس.

وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول؛ لإسقاط الزكاة، باطلة^(١)؛ لأن الباعث عليها مناقض لقصد الشارع.

ومع ذلك إذا كان التبرع موجهاً إلى شخص معلوم، لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلم بذلك الباعث، وإن لم يكن عالماً به فعلاً^(٢)، كما في إهداء المقترض إلى المقرض، إذا لم تجر له بذلك عادة.

فكرة الباعث وضابطه في القانون

لم تقتصر خصوبة هذه الفكرة على القانون المدني، أو القانون الخاص بوجه عام، بل شملت القانون العام أيضاً، ومن هنا نشأت نظرية التعسف في استعمال السلطة، وهي التي بني على غرارها نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني.

هذا، ومن الممكن أن تنسحب نظرية التعسف على استعمال السلطة التشريعية، فتطبق أحكامها عليها، وعلى هذا لا يقتصر العيب في التشريع على مجرد مخالفته للدستور فحسب؛ بل قد يكون التشريع منطقياً على تعسف إذا كان تحت ستار قاعدة عامة مجردة، في حين أنه لا ينطبق في الواقع إلا على حالة فردية ذاتية^(٣).

أما ضابط الباعث غير المشروع في القانون، فقد اختلف فيه رجال الفقه القانوني، وقبل أن نعرض لذلك، نقرر أنه لا يجوز بداهة - سواء في الفقه الإسلامي أم في القانون - الاعتداد بالباعث غير المشروع إذا كان مجهولاً من الطرف الآخر؛ إذ لا بد أن يتصل علم المتعاقد الآخر بهذا الباعث حتى يبطل التصرف. فذهب «كابتان» إلى

(١) المرجع السابق ص ٣٨٥ ص ٣٨٦.

(٢) «التصرف الانفرادي» للأستاذ الشيخ علي الخفيف ص ١١١.

(٣) «الوسيط» للدكتور السنيهوري: (٤٥٧/١).

أنه يشترط أن يكون ثمة اتفاق بين المتعاقدين على هذا الباعث غير المشروع، بينما يكتفي القضاء الفرنسي بمرتبة العلم^(١).

أما الفقه الفرنسي فيميز بين المعاوضات والتبرعات.

فيرى «جوسران»^(٢) أنه يكتفى بالعلم في المعاوضات دون التبرعات، وذلك لأن التبرعات يسيطر فيها إرادة المتبرع وحده على التصرف، فيكتفي بالوقوف عندها، سواء في ذلك الهبة التي لا بد أن يتم فيها التبرع بتقابل إرادتين، أم بإرادة واحدة، كالوصية وعلى ذلك يعتد بالباعث الذي دفع المتبرع، سواء أكان معلوماً من الطرف الآخر أم كان مجهولاً.

وهذا الرأي قريب من الرأي الذي أخذ به الحنابلة والمالكية في وصية الضرار.

أما «بوجيزان»^(٣) فيرى أنه لا بد من المساهمة، أي أن يسهم الفريقان في تحقيق الغرض غير المشروع الذي يرمي إليه الباعث، أي لا بد أن يكون من الطرف الآخر عمل إيجابي، وذلك كالمرابي الذي يمكن المقترض الذي يقامر بالمال من هذا الاقتراض، ولا يكتفي بالعلم؛ لأنه أمر سلبي.

وقد رأينا أن الفقه الإسلامي يكتفي في أعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات مجرد العلم أو افتراضه أو مظنته البعيدة؛ فكان بذلك أكثر خصوبة، وأوسع مجالاً في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لنظرية التعسف في معظم جوانبها.

أما فيما يتعلق بالباعث في التبرعات، فلا يشترط علم الطرف الآخر؛ لأن الالتزام ينشأ بإرادة منفردة، ولا يتوقف في نشأته على إرادة طرف آخر، ومع ذلك إذا كان موجهاً إلى شخص معلوم، لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم به، وإن لم يكن عالماً فعلاً.

(١) المرجع السابق.

(٢) «الوسيط» للدكتور السنيهوري: (١/٤٥٧).

(٣) المرجع السابق.

المطلب الرابع

❖ القاعدة الثالثة:

(١) الضرر يزال

أصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٢). والضرر المنهي عنه في الحديث، إما أن يكون واقعاً أو متوقعاً. فإذا كان واقعاً، فهو غير مشروع الإبقاء، فتجب إزالته، سواء أكان ناشئاً عن فعل غير مشروع في الأصل، أم عن فعل مشروع^(٣). وإن كان متوقعاً، وجب دفعه؛ لأن دفع الضرر قبل الوقوع أولى من رفعه وإزالته بعد الوقوع؛ ولذا وضع الفقهاء قاعدة: يدفع الضرر بقدر الإمكان^(٤). ولما كان دفع الضرر أو إزالته قد لا يتأتى إلا بحدوث ضرر آخر، فإن التعارض بينهما واقع، أي يتعارض الضرر المراد دفعه أو إزالته مع الضرر الناشئ عنهما، ولذا وضع الفقهاء أحكاماً لذلك فقالوا: إن الضرر الذي يراد دفعه أو إزالته، إما عام أو خاص، فإذا كان خاصاً، فإما أن يكون أشد أو أخف أو مماثلاً، ثم وضعوا لكل حال قاعدة، وإذا كان عاماً وجب دفعه وتفرعت من هذه القاعدة القواعد الآتية:

(١) «مجلة الأحكام العدلية» مادة/ ٢٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن. وراجع سند هذا الحديث في «جامع العلوم والحكم» لابن رجب ص ٢٦٥، راجع تفصيل القول فيه، وما استنبط منه من أحكام تتصل بنظرية التعسف، الأدلة على ثبوت النظرية من السنة. وراجع «غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر» لابن نجيم (١/ ١٢٠).

- «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها.

(٣) راجع «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٥ وما بعدها، حيث أتى بأمثلة تطبيقية لحديث «لا ضرر ولا ضرار» كلها من باب استعمال الحق أو الإباحة الذي يترتب عليه ضرر لاحق بالغير.

(٤) سيأتي شرح هذه القاعدة.

«يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام»، و«الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، و«إذا تعارضت مفسدتان ارتكب أخفهما لدفع أشدهما»، و«درء المفساد مقدم على جلب المصالح».

وسنشرح هذه القواعد بإيجاز، لنبين مدى صلتها بنظرية التعسف، ونورد أمثلة مما جاء في كتب الفقه تطبيقاً لها^(١).

والواقع أن قاعدة «الضرر يزال» تعتبر مبدأ مُحَكِّمًا تكفَّلت الشريعة بتطبيقه في جميع أبواب الفقه، وتدور عليها أحكام نظرية التعسف، كما تعتبر توثيقاً لمبدأ «المصلحة» في الشرع.

ومن فروعها:

الحجر على السفیه أو المفلس، وفي هذا يقول الإمام العز بن عبد السلام: «إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد، فعلنا ذلك؛ امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا لِلَّهِ مَا أَسْتَطَعْتُمْ﴾ [التغابن: ١٦].

وإن تعذر الدرء والتحصيل، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة، ولا نبالي بفوات المصلحة، قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَفِعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩]، حرّمهما - أي الخمر والميسر - لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما^(٢).

«فالحجر على المفلس مفسدة في حقه؛ ولكنه ثبت تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر، وإن شئت قلت: تقديماً لمصلحة غرمائه على مصلحته في الإطلاق، بخلاف الإنفاق عليه وعلى أهله إلى يوم قضاء الدين، فإن مصلحته بالكسوة والإنفاق ومصلحة من يلزمه نفقته، مقدّمة على مصالح غرمائه»^(٣).

(١) راجع «الأشباه والنظائر» للسيوطي فيما أورد من فروع على هذه القاعدة ص ٧٥ وما بعدها، وراجع «غمر عيون البصائر» للحموي على «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٢٠ وما بعدها.

(٢) «القواعد»: (٨٣/١).

(٣) المرجع السابق: (٨٧/١).

ويرى الإمام العز بن عبد السلام: إن في تعدد الزوجات دفعاً لضرر أشد حيث يقول:

«تزوج الضَّرَّاتِ بعقد أو عقود مفسدة، لما فيه من الإضرار بالزوجات؛ لكنه جاز أن تضر كل واحدة منهن بثلاث؛ نظراً لمصالح الرجال؛ وتحصيلاً لمقاصد النكاح، فإن خيف من الجور عليهن، استحَبَّ الاقتصار على واحدة؛ دفعاً لما يتوقع من مفسدة الجور، وحرمت الزيادة على الأربع؛ نظراً للنساء؛ ودفعاً لمظان جور الرجال على الأزواج»^(١).

وهذا الأصل الذي يقرره الإمام العز بن عبد السلام في إزالة الضرر - دفعاً ورفعاً - يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف، كما أنه خطة تشريعية يلتزم المجتهد بتطبيقها في التشريع الاجتهادي.

فالأصل أن الإنسان حرٌّ في التصرف بماله؛ لكن إذا أفلس حجر عليه لمصلحة غرمائه، ولو بقي الإطلاق، لترتب على ذلك ضرر بهم، وهذا هو التعسف، فمُنِعَ؛ درءاً لهذه المفسدة، وتقييداً لحقه بما يمنع الإضرار عن غيره، محافظة على حق هذا الغير.

١ - ومن ذلك: إثبات حق الشفعة للأصيل؛ دفعاً لضرر الشريك، أو الجار^(٢) الطارئ، أي دفعاً لضرر متوقع. والممعن النظر في مشروعية هذا الحق في الفقه الإسلامي، يدرك مدى صيانة الشريعة لحق الملكية الفردية، حيث لم تكتف بالمحافظة عليه من الاعتداء الحقيقي أو التعسف، بل أحاطته بسياج من الأمن والدعة، فأثبتت للمالك حق الشفعة، حتى يتوقى ما عسى أن يطرأ عليه ما يعكر صفوه في هذا الانتفاع من سوء الجوار، أو يتوقى ضرر القسمة.

(١) المرجع السابق ص ٩٢.

(٢) الحنفية يشبِّهون حق الشفعة للشريك في نفس العقار، وللشريك في حقوق العقار وللجار خلافاً للجمهور، فالشفعة للشريك في نفس العقار عندهم فقط. راجع: «البدائع»: (٥/٤ و ٥)، و«المغني»: (٢٨٥/٦)، و«نهاية المحتاج»: (٤/٢٨٥).

- ٢ - الحاجر على السفية - على المفتى به في المذهب الحنفي - شرع دفعاً لضرر عن السفية نفسه، وعمّن تلزمه مصلحتهم؛ ودفعاً للضرر عمّن يتعامل معه من الناس.
- ٣ - أخذ مال الممتنع عن أداء الدين بغير إذنه^(١).
- ٤ - نصب العمال والحكام لضبط النظام^(٢)، ما لم يؤد ذلك إلى تحليل حرام أو تحريم حلال.

المطلب الخامس

❖ القاعدة الرابعة:

الضرر يدفع بقدر الإمكان^(٣)

قلنا إنّ حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤) ينفي الضرر مطلقاً قبل الوقوع وبعده، وسواء أكان ناشئاً عن فعل غير مشروع، أم عن فعل مشروع في الأصل^(٥)، فوضع الفقهاء هذه القاعدة؛ لدفع ضرر متوقع.

هذا، ومبدأ سد الذرائع قائم على هذه القاعدة، فيجب حسم مادة الفساد المتوقع حدوثه، والوسائل المفضية إليه، وهذا هو الدور الوقائي لنظرية التعسف.

فكل فعل كان مفضياً إلى ضرر راجح يقيناً أو ظناً، يمنع؛ دفعاً للضرر بقدر الإمكان.

وهذا مقصد عام يجب أن يُراعى في جميع شؤون الدولة: الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فللدولة أن تسن من القوانين ما يدفع الضرر المتوقع عن الأفراد والجماعة قبل وقوعه.

(١) «الأشياء والنظائر» للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها، و«غمر عيون البصائر» للحموي على «الأشياء والنظائر» لابن نجيم ص ١٢٢، راجع الفروع الأخرى الواردة فيهما.

(٢) «شرح الأدلة الأصلية على مجلة الأحكام العدلية» لمحمد سعيد مراد الغزي: (١/٣٤).

(٣) «مجلة الأحكام العدلية»، مادة/٣١.

(٤) أخرجه ابن ماجه: ٢٣٤١، وأحمد: ٢٨٦٥، من حديث ابن عباس، وهو حسن.

(٥) راجع من أدلة الكتاب الكريم على ثبوت نظرية التعسف قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصْيَةِ يُوحَىٰ إِلَيْهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].

فمن ذلك:

١ - وصية الضرار ولو كانت بما دون الثلث ولأجنبي، لإطلاق النهي في الآية: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضْكَرٍّ﴾ [النساء: ١٢]^(١) وهي التي قصد بها الإضرار بالورثة، فقد حكم الشارع بإبطالها على رأي فريق من الفقهاء، وقد قال ابن عباس: «وصية الضرار من الكبائر».

٢ - رجعة الضرار في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِهُنَّ ضَرَارًا لِّعَدِّدٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] وهي أن يطلق الرجل امرأته ليراجعها، ولكن لا ليعاشرها بالمعروف؛ بل ليطلق عليها العدة؛ بأن يطلقها ثانية، فتجب عليها عدة أخرى مبتدأة، وقد قال الإمام مالك ببطلان هذه الرجعة، وأن المرأة لا تستأنف عدة جديدة^(٢)؛ بل تتم العدة الأولى؛ منعاً لتعسفه في استعمال حقه في الرجعة.

هذا، وكثيراً ما يكون الضرر المتوقع مقصوداً، وتقوم الدلائل على ذلك القصد، كما في صور استعمال الحق بقصد الإضرار، فإن كان قولياً لم يترتب أثره عليه، كإبطال الوصية، وإن كان فعلياً يحال بينه وبين تنفيذ فعله، أي يمنع من الفعل؛ دفعاً لضرر متوقع، وهذه القاعدة تمثل الدور الوقائي لنظرية التعسف.

المطلب السادس

❖ القاعدة الخامسة:

الضرر الأشد يزال بالأخف^(٣)

هذه القاعدة تحكم التعارض بين الحقوق الخاصة بعضها قبل بعض، كما تحكم التعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة أيضاً، وبذلك يدخل في مفهوم هذه

(١) «شرح الأدلة الأصلية على مجلة الأحكام العدلية» لمحمد سعيد مراد الغزي ص ٣٤ و ٣٥.

(٢) «جامع العلوم والحكم» ص ٢٦٧ وما بعدها، و«الموافقات»: (٢/ ٣٢٤)، و«كشف الأسرار» للبزدوي: (٨٩/١).

(٣) «مجلة الأحكام العدلية»: مادة / ٢٧.

القاعدة قاعدة أخرى: هي: «يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام»^(١)، و«يختار أهون الشرين»^(٢).

وتعتمد هذه القاعدة على ضابط «الموازنة» بين ما يترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً من نفع يعود على صاحبه، وما يلزم عن ذلك من مضرة لاحقة به أو بغيره من الفرد أو الجماعة^(٣).

وهو - كما ترى - معيار مادي صرف، لا يحفل بالبواغث النفسية أو دوافعها. فإذا كان الضرر اللازم أخف بالقياس إلى النفع، لم يمنع المتصرف، وكذلك إذا كان مماثلاً، لأن الضرر لا يزال بمثله. وإذا كان أشد، دفع هذا بمنع التصرف، ولو ترتب على هذا المنع ضرر؛ لأنه أخف.

❖ ففي ميدان الحقوق الخاصة:

لو غصب ساحة فأدخلها في بنائه، انقطع حق المالك - كما يقول الكرخي^(٤) - إذا كانت قيمة البناء أكثر، ويضمن الغاصب قيمتها؛ دفعاً لأشد الضررين بارتكاب أخفهما. وجاء في السنة أصل هذا النوع، وهو قضاء رسول الله ﷺ بقلع نخلة سمرة؛ إذ كان بقاءها علة للإضرار بصاحب البستان، وقد عرض النبي ﷺ على صاحبها حلولا كلها تدور حول حمله على المعاوضة؛ توفيقاً بين الحقين، فلما أبى ذلك، أمر النبي ﷺ بقلعها^(٥)؛ لأن بقاء نخلة سمرة أشد ضرراً من قلعها، وعلل الحكم بالضرر وهذا من باب سياسة التشريع.

(١) المادة / ٢٦.

(٢) المادة / ٢٩.

(٣) كالفقيه الذي يتصرف في ماله على غير مقتضى العقل والشرع، فيحجر عليه؛ لدفع الضرر عن نفسه أولاً، ثم عمن تلزمه مصلحتهم، وعمن يتعامل معه من الناس أو الدائنين.

(٤) «مجمع الضمانات» ص ١٣٥، و«جامع الفصولين»: (١٣٥/٢)، و«غمر عيون البصائر» للحموي على «الأشباه والنظائر» لابن نجيم: (١٢٢/١)، و«الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٧٥ وما بعدها.

(٥) أخرجه أبو داود: ٣٦٣٦، من حديث سمرة بن جندب.

ويقول ابن قيم الجوزية في هذا مقررأ هذه القاعدة: «فضرر صاحب البستان ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه»^(١).

وتنطبق هذه القاعدة على من يستعمل حقه دون نفع يعود عليه، ويلزم عن ذلك مضرة بغيره، من باب أولى.

فقد جاء في «المدونة»: «قلت: أرأيت لو أن رجلاً غصب أرضاً، فغرس فيها شجراً 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 مقلوعاً، فأما ما ليس للغاصب فيه منفعة، فليس له أن يقلعه»^(٢).

وتعليل ذلك أنه إذا كان لكل منهما حق فيما يملك، فيجب أن يستعمل حقه على نحو لا يضر بغيره، وتصرف الغاصب هنا عبث؛ لأن المفروض أنه لا يعود عليه نفع، في حين أن مالك الأرض متضرر، فيمنع الأول درءاً للتعسف.

وفي الواقع أن هذه القاعدة ترد قيداً على قاعدة: «الضرر يزال»، فهذه مقيدة بما لو كان أحدهما أعظم ضرراً من الآخر، فإن الأشد يزال بالأخف^(٣).

ومن ذلك: ما لو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى، والباقي للآخر، وطلب صاحب الأكثر القسمة، أجيب في الأصح، وإن كان فيه ضرر شريكه^(٤).

وتتحكم هذه القاعدة في معظم مسائل التعسف في استعمال الحق؛ لأنها تمثل المعيار المادي لهذه النظرية.

(١) «الطرق الحكمية» ص ٣١٠.

(٢) «مقدمات ابن رشد»: (٤/١٩٠).

(٣) «غمز عيون البصائر» للحموي على «الآشياء والنظائر» لابن نجيم: (١/١٢٢)، و«الآشياء والنظائر»

للسيوطي ص ٧٧.

(٤) المرجع السابق ص ٧٩.

المطلب السابع

❖ القاعدة السادسة:

يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام^(١)

يدل على هذه القاعدة استقراء أحكام الشارع، من مثل نهيهِ ﷺ عن الاحتكار، وتلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، واتفاق السلف على تضمين الصناع، مع أن الأصل في هؤلاء الآخرين الأمانة؛ تقديماً لمصلحة العموم على الخصوص^(٢).

وتطبيقاً لهذه القاعدة، فإنَّ تصرف الفرد المأذون فيه شرعاً مما يجلب له مصلحة أو يدفع عنه مفسدة، إذا لزم عن تصرفه المشروع في الأصل ضرر عام يلحق المسلمين عامة، أو قطراً من أقطارهم، أو بلداً، أو جماعة عظيمة منهم، ويغلب على الظن وقوعه، فعند ذلك يمنع الفرد من التصرف، وعليه أن يتحمل ضرره الخاص، دفعاً للضرر العام.

فكل تصرف مأذون فيه شرعاً، إذا ترتب عليه مفسدة راجحة، يمنع؛ لأنه تعسف. والواقع أن الشريعة تعتبر مجرد التسبب في نشوء المفاسد الراجحة ممنوعاً. فدرء التعسف في استعمال الحق قد يتخذ صورة الموازنة والترجيح كما رأينا، وهو نظر مادي موضوعي، لا يحفل بالدافع أو الباعث النفسي. وأورد أصحاب القواعد فروعاً لهذه القاعدة، تعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف، من ذلك:

(١) «مجلة الأحكام العدلية» مادة / ٢٦ . وراجع «التضامن المادي في الفقه الإسلامي وأثره في تقييد الحق» ص ١٧٣ وما بعدها، وراجع في تقديم المصلحة العامة، وتقييد الحق الفردي بمنع الإضرار بها «القواعد» للإمام العز بن عبد السلام: (١٦٢/٢)، و«الهداية»: (٤/١٤٤)، و«المستصفى» للغزالي: (٣٠٣/١)، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم: (١٢٢/١)، و«الاعتصام» للشاطبي: (١٢١/٢ و ١٢٢)، و«الموافقات» للشاطبي: (٢٦٠/٣)، والمرجع السابق: (٣٥٠/٢)، و«الطرق الحكمية» لابن قيم الجوزية ص ٢٨٩.

(٢) «الموافقات»: (٣٥٠/٢).

١ - منع التجار من التغالي في الأسعار، استغلالاً لحاجة الناس إلى ما يتجرون به من طعام وكساء وغير ذلك، ولولي الأمر أن يفرض التسعير الجبري مستعيناً بأهل الخبرة؛ كي لا يجاوز التجار ثمن المثل تجاوزاً فاحشاً، وفي هذا توفيق بين الحقين، وكل ذلك إذا اشتدت بالناس الحاجة.

٢ - منع التجار^(١) من احتكار ما يحتاج إليه الناس، ويؤمرون ببيعه بثمان المثل، وإلا يبيع عليهم جبراً بثمان المثل دون وكس أو شطط.

٣ - الحجر على المفتي الماجن^(٢) الذي يعلم الناس الحيل، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس أو المتعهد بتأجير المواصلات أو المنازل، إذا اتضح أنه مفلس، والحجر على هؤلاء؛ صيانة للمصلحة العامة، ودرءاً للضرر العام عن الناس في الدين والنفس والمال.

نزع ملكية^(٣) دار أو أرض؛ لتوسيع مسجد، أو بناء مستشفى، أو إنشاء طريق عام، أو توسيعه، مما تقتضيه المصلحة العامة، وتظهر حاجة الناس إليه، مع التعويض العادل على المالك، توفيقاً بين الحقين ما أمكن.

منع تجار السلاح^(٤) من بيعه أيام الحروب الأهلية؛ لما في ذلك من إشعال نار الفتنة، وإن لحق التجار ضرر، فضرر الفتنة على الناس أشد.

يجبر صاحب الحائط المائل على الطريق العام والآيل للسقوط على هدمه؛ فإذا سقط على أحد المارة بعد الإشهاد؛ فإنه يضمن، لأنه يعتبر بالامتناع متعسفاً^(٥)، ولو كان تصرفه سلبياً.

(١) «غمز عيون البصائر» للحموي على «الأشباه والنظائر» لابن نجيم: (١/١٢٢).

(٢) المرجع السابق، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون: (٢/٣٤٧)، و«الطرق الحكيمة» لابن قيم الجوزية ص ٣٠٨ وما بعدها.

(٣) «الموافقات»: (٢/٣٥٠).

(٤) «إعلام الموقعين»: (٣/١٣٨ و ١٣٩)، و«الطرق الحكيمة» ص ٢٠٢ و ٣٠٧.

(٥) «الهداية»: (٤/١٤٤).

منع الأفراد من إقامة فرن للخبز في سوق البزازين^(١) أو مصنع للإسمنت مثلاً في وسط حي للسكن، دفعاً للضرر العام عن أهل الحي.

هذا، ولا يشترط في الضرر - ليعتبر عاماً - أن يكون شاملاً لعامة المسلمين؛ بل يكفي - كما رأينا - أن يلحق جماعة عظيمة منهم، كأهل السوق أو الحي، أو أهل بلد، أو قطر، كما تبين من الفروع.

المطلب الثامن

❖ القاعدة السابعة:

ردء المفاسد مقدم على جلب المصالح^(٢)

أصل هذه القاعدة قول النبي ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»^(٣).

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ علق امتثال الأمر بالاستطاعة، في حين أنه ﷺ سد باب النهي كله، فلم يجزه أبداً إلا عند الضرورة التي يخشى منها على النفس أو الدين أو سائر الضرورات الخمس.

وأيضاً، فإن الأمر يفيد طلب الفعل ولو مرة، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبداً.

والواقع أن هذه القواعد تعتبر خططاً تشريعية يلزم المجتهد العمل بمقتضاها في التشريع الاجتهادي؛ توكيلاً لمقصد الشارع، وتحريراً للمصلحة - وهي مقصد الشارع - وعملاً بضوابط المشروعات التي دل عليها استقراء الأحكام؛ درأً للتعسف في الاجتهاد والتطبيق في ظل الظروف الملائمة.

(١) «غمز عيون البصائر» للحموي على «الأشباه والنظائر» لابن نجيم ص ١٢٢ وما بعدها. والبراز بائع الأقمشة.

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٧٩، و«الأشباه والنظائر» لابن نجيم: ص ١٢٥، و«مجلة الأحكام

العدلية» مادة/ ٣٠.

(٣) أخرجه البخاري: ٧٢٨٨، ومسلم: ٦١١٥، وأحمد: ٧٥٠١، من حديث أبي هريرة.

قال الفقهاء: محل هذه القاعدة - «درء المفاسد مقدم... إلخ» - إذا كانت المفسدة مساوية أو راجحة، وكان ذلك في غير ضرورة.

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة^(١)، قدم دفع المفسدة المساوية أو الراجحة؛ لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات على ما جاء به الخبر المتقدم. وعلى هذا، إذا كانت المفسدة تافهة بالنظر إلى المصلحة العظيمة المترتبة على الفعل، قدم جلب المصلحة.

ولذا قال الأصوليون: لا تبطل المناسبة بين العلة والحكم بالمفسدة النادرة. ويقول الإمام الشاطبي في تعليل ذلك: «لأن المصلحة إذا كانت غالبية، فلا اعتبار بالندور في انخراهما»^(٢).

هذا، وقد تناولنا بالتفصيل والاستنتاج بحث أنواع الذرائع بحسب مآلاتها الذي بسطه الإمام الشاطبي في «الموافقات»^(٣)، وبيّن مراتب الضرر التي تترتب على التصرف المأذون فيه شرعاً، ويشمل هذا البحث معظم حالات التعسف، فلا نعيد القول فيه.

❖ ما يستنتج من أحكام القواعد التشريعية والفقهية التي تثبت النظرية:

أولاً: فيما يتعلق بأصل النظر في المآلات، فإن الفعل المأذون فيه - لجلب مصلحة أو دفع مفسدة - قد يصبح تعسفياً، بالنظر إلى ما يؤول إليه من مفسدة مساوية أو راجحة، فيصبح غير مشروع، ويمنع، فهذا الأصل يعتمد نتائج الأفعال وثمراتها؛ ويُستثنى من ذلك حق الملكية؛ فلا يمنع المالك من التصرف في حقه إلا إذا لزم عن تصرفه مفسدة راجحة لا مساوية^(٤)؛ لترجيح حق المالك عند التساوي، وهذا في حق الملكية خاصة، ولما كان بحثنا يدور على الأفعال المأذون فيها أصلاً، لجلب مصلحة

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي ص ٧٩.

(٢) «الموافقات»: (٢/ ٣٦٠) وما بعدها.

(٣) راجع أصل النظر في المآلات، قاعدة سد الذرائع كمؤيد لنظرية التعسف. وراجع «الموافقات»: (٢/ ٣٤٨) وما بعدها، والمرجع السابق: (٤/ ١٩٨)، وما بعدها.

(٤) «تبيين الحقائق»: (٤/ ١٩٦).

أو درء مفسدة، فإن نتائجها وثمراتها تتحكم في تكييفها من المشروعية أو عدمها، أو قل من الإبقاء على مشروعيتها أو اعتبارها تعسفية لعللة المفسدة المادية المساوية أو الراجعة التي يؤول إليها، وإذا كانت العلة في تكييف الفعل هي نتيجته أو ثمرته كان مجرد التسبب كافياً في المسؤولية في هذا المعيار.

وبدهي أن هذا المعيار يعتمد ضابط الموازنة، وهو معيار مادي صرف، حتى إن صاحب المفسدة الراجعة المترتبة على الفعل إن قصّد الإضرار كان محرماً من باب أولى.

وقد بينا أن المالكية والحنابلة يأخذون بهذا الأصل، وقد توسعوا فيه.

أما الحنفية فأخذوا به تحت اسم الاستحسان، ونظروا في المآلات، فمنعوا التذرع بالمشروع بغية الوصول إلى تحقيق أضرار راجحة؛ وبذلك قالوا بمنع المالك من استعمال عقاره إذا أفضى إلى أضرار فاحشة بجاره استحساناً ولأجل المصلحة^(١)، ولا يعدو أن يكون «الحق» - في هذه الحال - قد اتخذ ذريعة إلى ذلك، كما قالوا «بنظرية العذر» وهي أيضاً لا تعدو أن تكون من باب التذرع بالحق لإلحاق الضرر بالمتعاقدين المنكوب الذي قام العذر في جانبه، وهو ضرر طارئ راجح لم يكن يتوقع أثناء العقد، وهذا - كما ترى - نظر إلى المآل.

والشافعية قائلون بهذا الأصل، إلا أنهم يختلفون في التطبيق، فيرون أن منع المالك من استعمال ملكه مفسدة راجحة، فلا يجوز، وعلى ذلك، لا خلاف من حيث الأصل والمبدأ، وإن ظهر بعض الخلاف في التطبيق.

وعلى هذا يمكن أن يستخلص المعيار الأول في التعسف، ونقرره كما يلي:

(١) والحكمة في ذلك، أن المالك إنما منح حق الملكية شرعاً لمصلحة راجحة أقرها الشرع له، فلا تقوى المفسدة المساوية اللازمة عن التصرف في حق الملكية على منع المالك من التصرف بملكه؛ إذ سيحل بالمالك ضرر مساو - كما هو المفروض - لما يصيب غيره من ضرر، ولا يزال الضرر بمثله؛ ولأن رفع الضرر عن المالك - لثبوت حقه شرعاً - أولى من دفع ضرر مماثل عن غيره.

لا يجوز استعمال الحق إذا أفضى إلى أضرار مساوية أو راجحة^(١) لا تتناسب مع المصلحة التي تجنى منه، سواء أكانت تلك الأضرار راجعة إلى الفرد أو الجماعة. وهذا المعيار تؤيده القواعد التي ذكرناها من مثل: «الضرر الأشد يزال بالأخف» ويختار أهون الشرين» - «وإذا تعارضت مفسدتان ...» و«يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».

ثانياً: أما فيما يتعلق «بالباعث» فقد رأينا أن الدافع غير المشروع يجعل الفعل المأذون فيه في الأصل تعسفياً؛ لأن القصد غير الشرعي يهدف إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، وذلك مناقضة للشرع في مقصده من تشريع الفعل؛ إذ يتخذ الفعل المشروع وسيلة للتعبير عن نوايا ودوافع غير مشروعة، ولم تشرع الأفعال من أجل ذلك، وهذا المعيار ذاتي أو شخصي، وتحكم فيه قاعدة: «الأمر بمقاصدها» التي تعتمد قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٢).

ويمكن أن يستنبط من هذا الأصل معياران للتعسف:

أولاً: لا يجوز استعمال الحق لتمحض قصد الإضرار بالغير.

ثانياً: لا يجوز استعمال الحق لتحقيق مصالح غير مشروعة تتنافى مع الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي للحق في نظر الشريعة الإسلامية. وبذلك تكون نظرية التعسف قد جمعت بين معيارين رئيسين: المادي والذاتي، وهذا يدعونا إلى البحث في معايير التعسف بالتفصيل.



(١) قلنا: يستثنى استعمال حق الملكية إذا ترتب عليه أضرار بالغير مساوية، فنرجح الإذن في حق المالك

لأولويته، بخلاف حالة ترتب أضرار راجحة، فيمنع المالك من استعمال حقه، لاختلال التوازن.

(٢) أخرجه البخاري: ١، ومسلم: ٤٩٢٧، وأحمد: ١٦٨، من حديث عمر بن الخطاب.