

## نظرية الضرورة الشرعية

تمهيد :

إنّ بحث الضرورة له أهمية بالغة خاصة في وقتنا الحالي حيث يكثر الاحتجاج بها في مكانها الطبيعي وفي غير مكانها وذلك بقصد إباحة المحظور ، وترك الواجب تحت ستار مبدأ التخفيف والتيسير على الناس ؛قال الشاطبي : "وربما استجاز بعضهم في مواطن يدعي فيها الضرورة وإلجاء الحاجة بناء على أن الضرورات تبيح المحظورات فيأخذ عند ذلك بما يوافق الغرض"<sup>1</sup>، فما حقيقة الضرورة ؟ وما ضوابطها؟ وما هي حالاتها؟ وما أدلة مشروعيتها مبدأ الضرورة؟ وما هي قواعدها ومجالات تطبيقها ؟

أولا، حقيقة الضرورة :

لغة :الضرورة :اسم لمصدر الاضطرار ؛تقول حملتني الضرورة على كذا ، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا ...والاضطرار :الاحتياج إلى الشيء<sup>2</sup>،...والضرورة :الحاجة ،والشدة لا مدفع لها ،والمشقة ...<sup>3</sup>

اصطلاحا :تعددت تعريفات الفقهاء لها لكنها تتجه كلها نحو بيان ضرورة الغذاء منها ما يأتي :

قال الجصاص : "الضرورة هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل"<sup>4</sup>.

وعرفها الزركشي والسيوطي فقالا : "هي بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك ،أو قارب ،كالمضطر للأكلواللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا مات أو تلف منه عضو"<sup>5</sup>.

وقال المالكية : "الضرورة هي الخوف على النفس من الهلاك علما (أي قطعاً) أو ظنا ، أو هي خوف الموت ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظنا"<sup>6</sup>.

وقال الشافعية : "من خاف من عدم الأكل على نفسه موتا أو مرضا مخوفا أو زيادته ،أو طول مدته ،أو

<sup>1</sup> -الموافقات ، ج4ص145.

<sup>2</sup> -تمهيد اللغة ،الأزهري ،تحقيق أبو الفضل إبراهيم ، الدار المصرية ، ج11ص458.

<sup>3</sup> -المعجم الوسيط، ج1ص537.

<sup>4</sup> -أحكامالقرآن، ج1ص150

<sup>5</sup> -المنثور في القواعد،تحقيق : تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت،الطبعة الثانية ، 1405، ج2ص319.

<sup>6</sup> -القوانين الفقهية ص 173.

انقطاعه عن رففته ، أو خوف ضعف عن مشي أو ركوب ، ولم يجد حلالا يأكله ووجد محرما ، لزمه أكله<sup>1</sup> وقال أبو زهرة : "الضرورة هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور ، أو يخشى ضياع ماله كله ، أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره"<sup>2</sup>. وقال الزرقا : "الضرورة أشد دافعا من الحاجة ، فالضرورة هي ما يترتب على عصيانها خطر ، كما في الإكراه الملحى ، وخشية الهلاك جوعا"<sup>3</sup>.

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

"الضرورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها ، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع"<sup>4</sup>.

فهذا التعريف شامل لكل أنواع الضرورة وهي : ضرورة الغذاء والدواء ، والانتفاع بمال الغير ، والمحافظة على مبدأ التوازن العقدي في العقود ، والقيام بالفعل تحت تأثير الرهبة والإكراه ، والدفاع عن النفس أو المال ونحوهما ، وترك الواجبات الشرعية المفروضة ، وهذا المعنى الأعم للضرورة ، أما معناها الخاص بدفع ضرر خارجي قاهر كالحريق أو ضرر داخلي كالجوع فليس موضوع بحثنا وإن كان هو المعنى الشائع عند العلماء<sup>5</sup>.

ثانيا ، ضوابط الضرورة :

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

1- مغني المحتاج ، ج4 ص306.

2- أصول الفقه ص 43.

3- المدخل الفقهي ، ص 603.

4- نظرية الضرورة الشرعية ، ص 68

5- المرجع نفسه ، ص 68.

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

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

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

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

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

7- أن يمر في رأي الظاهرية على المضطر للغذاء يوم وليلة<sup>1</sup> دون أن يجد ما يتناوله من المباحات وليس أمامه إلا الطعام الحرام ...، والأصحأنه لا يتقيد الاضطرار بزمن مخصوص لاختلاف الأشخاص في ذلك.

8- أن يتحقق ولي الأمر - في حالة الضرورة العامة - من وجود ظلم فاحش ، أو ضرر واضح ، أو حرج شديد أو منفعة عامة بحيث تتعرض الدولة للخطر إذا لم تأخذ بمقتضى الضرورة ، وبناء عليه تسامح الفقهاء في شؤون العلاقات الخارجية أو التجارة الدولية ؛ فأجازوا مثلا للدولة في تعاملها مع الأجانب دفع أتاوات سنوية لدفع خطر الأعداء أو من أجل المحافظة على كيان البلاد ، كما أن بعض الفقهاء أجاز دفع فوائد ربوية عن قروض خارجية تمس إليها حاجة الدولة العامة .

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

1-المحلى ، ج7ص 500.

ثالثا ، حالات الضرورة :

## 1- ضرورة الغذاء والدواء :

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

مسائل :

- لم يجز مالك وأحمد تناول شيء من الخمر حال الضرورة لجوع أو عطش لأنها لا تنفد في ذلك إلا لإساعة الغصة ، وغيره يرى أن الضرورة تبيح تناول كل المحرمات المطعومات لعموم الآية ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ .

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

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

- لا يجوز تناول لحوم البشر عند الضرورة مسلماً كان أو كافراً لأنه مثله وهذا لا خلاف فيه ، كما لا يجوز عند الملكية الأكل من ميتة ابن آدم حفاظاً على مبدأ حرمة الإنسان وكرامته . وأباح الحنابلة الميت غير المعصوم كالحربي والمترد والزاني المحصن والقاتل في المحاربة، وأجاز الشافعية وبعض الحنفية إذا لم يجد ميتة غيره لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت إلا إن كان الميت نبياً .

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

- حالة العطش أو المداواة مثل حالة الجوع .

- يجوز استعمال الكحول ومشتقاته في الأدوية للضرورة ...

## 2-الإكراه الملجئ:

الإكراه لغة: حمل الغير على أمر لا يرضاه ، اصطلاحاً : حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لوترك ونفسه... ويثبت حكم الإكراه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما توعد به سلطاناً كان أو غيره وهو نوعان إكراه ملجئ وآخر قاصر .

الإكراه الملجئ : هو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار كالتهديد بالقتل أو التخويف بقطع عضو من الأعضاء أو بضرب شديد متوال يخاف منه إتلاف النفس أو العضو سواء أقل الضرب أو كثر .

الإكراه غير الملجئ أو الناقص : هو التهديد بما لا يضر النفس أو العضو.

الإكراه الأدبي أو المعنوي : كالتهديد بجس أحد الأصول أو الفروع أو الإخوة أو الأخوات ونحوهم ...

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

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

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

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

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

\*وأما الأحكام الدنيوية :

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

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

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

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

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

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

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

ملاحظة: للتفصيل أكثر في "أثر الإكراه في التصرفات الشرعية" يرجع كتاب نظرية الضرورة عند الزحيلي .

## النسيان :

**لغة**: هو جهل الإنسان بما كان يعلمه ضرورة أو هو عدم استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه . وهو له نفس معنى السهو .

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

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

- وإما ألا يقع بتقصير من الإنسان: فيكون النسيان عندئذ عذرا يسقط الإثم الأخروي ولا يمنع من صحة الفعل كالأكل في الصوم ... إلا أن الحنفية والشافعية اتفقوا على أن النسيان لا يكون عذرا في بعض الحالات

منها :لونسي المحدث غسل بعض الأعضاء أو توضأ بماء نجس ناسيا لا يعتبر وضوءه صحيحا ...وأما ضمان ما يتعلق بحقوق العباد فلا يعتبر النسيان معذرة شرعية وإنما يصلح سببا مخففا كالدية بدل القصاص في القتل الخطأ .

## الجهل :

لغة : هو الذهول عن الشيء ، اصطلاحا :هو عدم العلم بالأحكام الشرعية بمختلف أنواعها كلها أو بعضها فمن جهل حكما شرعيا لأي سبب كان ، هل يعتبر معذورا في جهله ؟

قال الفقهاء :لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام ، وبناء عليها فإن الأحكام الشرعية الأساسية المقررة في القرآن والسنة وإجماع الأمة لا يجوز لمقيم في الديار الإسلامية أن يعتذر بجهلها ,وأما الأحكام التي لايعلمها إلا المختصون من العلماء فهذه يجوز للعوام أن يعتذروا بجهلها ولا يسوغ ذلك للفقهاء ، وبالتالي فهناك حالات قد يمكن اعتبار الجهل بالأحكام ضرورة ترفع الحرج والإثم قال القراني : "ضابط ما يعفى من الجهالات :الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة وما لا يتعذر الاحتراز عنه ولا يشق لم يعف عنه "1.

والجهل الذي يعتبر ضرورة نوعان :

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

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

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

1-الفروق، ج2ص 149.

## العسر وعموم البلوى :

**العسر** : أي مشقة تجنب الشيء . **عموم البلوى** : شيوع البلاء بحيث يصعب على المرء التخلص أو الابتعاد عنه وهذا من أسباب التخفيف وله أمثلة كثيرة منها جواز كثير من العقود والتصرفات خلافا للقياس كعقد السلم وعقود الإقالة والحوالة والهن والقرض وغيرها ...

## السفر :

**لغة هو** : قطع المسافة ، شرعا هو : الخروج على قصد المسير إلى موضع بينه وبين ذلكالموضع مسيرة ثلاثة أيام فأكثر بسير الإبل ومشى الأقدام وتقدر ب86 كم عند الحنفية وعند الشافعية ب96 كم.

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

**المرض** : هو هيئة غير طبيعية في بدن الإنسان ينجم عنها بالذات آفة في الفعل .

ولما كان المرض من أسباب العجز فقد شرعت له أحكام مخففة عن المريض تتناسب مع حالته الصحية وخصوصا في العبادات ....

**النقص الطبيعي** : النقص ضد الكمال ، وهو من أسباب التخفيف في التكاليف الشرعية ويشمل القصر والأنوثة فلا يصح عقلا ولا شرعا أن يطالب الأولاد القصر ، والنساء بمثل ما يطالب به الرجال نظرا للضعف الطبيعي عند الولد والمرأة ، وبما أن حالة الضرورة الشرعية تشمل الاضطراب الطبيعي فيمكننا أن نعتبر هذه الحالة من حالات الضرورة من باب التوسع في إطلاق اللفظ ...

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

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

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

رابعاً، أدلة مشروعية نظرية الضرورة:

من القرآن الكريم :

(إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهلّ به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إنّ الله غفور رحيم) <sup>1</sup>، (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم... فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإنّ الله غفور رحيم) <sup>2</sup>، (قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم) <sup>3</sup>، (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإنّ الله غفور رحيم) <sup>4</sup>، ( وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ) <sup>5</sup>. وقد تضمنت هذه الآيات كلها استثناء حالة الضرورة حفاظاً على النفس من الهلاك

من السنة النبوية :

عن أبي واقد الليثي قال : " يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا بِأَرْضٍ تُصِيبُنَا بِهَا الْمَخْمَصَةُ فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنَ الْمَيْتَةِ فَقَالَ : " إِذَا لَمْ تَصْطَبِحُوا أَوْ لَمْ تَغْتَبِقُوا أَوْ لَمْ تَحْتَفِقُوا بَقْلًا فَشَأْنُكُمْ بِهَا " <sup>6</sup> (تصطبحو : تناولوا الصبوح وهو شرب اللبن أو الأكل أول النهار ، تغتبقوا : تأكلوا الغبوق وهو شرب اللبن أو الأكل آخر النهار عشاء ، وتحتفقوا بقلا : أي نوعاً من التمر) ؛ "...وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ مَا وَجَدَ تَغْلِيلاً مِنْ تَبَقُّلٍ أَوْ غَيْرِهِ يُمْسِكُ نَفْسَهُ وَيُؤَمِّنُهُ الْمَوْتَ " <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - البقرة: 173

<sup>2</sup> - المائدة: 3

<sup>3</sup> - الأنعام: 145

<sup>4</sup> - النحل 115.

<sup>5</sup> - الأنعام: 119

<sup>6</sup> - سنن البيهقي الكبرى، أبو بكر البيهقي، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، 1414 -

1994، ج9 ص356، مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة - القاهرة، ج5 ص218.

<sup>7</sup> - المنتقى شرح الموطأ، الباجي الأندلسي، الناشر: مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، الطبعة: الأولى، 1332 هـ، ج3 ص138.

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

خامسا، قواعد الضرورة وتطبيقاتها :

من الأسباب التي تجعل قواعد الفقه أغلبية هي الضرورات ، فقد قرر الفقهاء أن "القواعد الفقهية يستثنى منها مواطن الضرورات ، ومن قواعد الضرورة وتطبيقاتها<sup>1</sup> ما يأتي :

المشقة تجلب التيسير - إذا ضاق الأمر اتسع -الضرورات تبيح المحظورات -الضرورة تقدر بقدرها -ما جاز لعذر يبطل بزاله - الميسور لا يسقط بالمعسور ( أن المأمور به إذا لم يتيسر فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة عليه وإنما يمكن فعل بعضه فيجب فعل المقدور عليه ولا يترك بترك الكل الذي يشق فعله )- الاضطرار لا يبطل حق الغير - الحاجة العامة أو الخاصة تنزل منزلة الضرورة .

سادسا، الضرورة وعقود المعاملات المالية:

\***الوفاء بالوعد والمرايحة للآمر بالشراء**: قرار رقم 2 و3 بشأن الوفاء بالوعد والمرايحة للآمر بالشراء: اتخذ مجمع الفقه الإسلامي بجدة هذا القرار وجعل للوعد آثار عملية قضائية متى استوفى العقد شروطه وأركانه فعلى صاحب الوعد ( الأمر بالشراء )الخيار بين تنفيذ الوعد أو دفع تعويض عن الضرر بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر ، وهذا القرايعتمد أساسا على قاعدة " الضرورة " لضبط أمور التجارة والاقتصاد...

\***تصحيح الشرط الجزائي في العقود**: قررت هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية تصحيح الشرط الجزائي الذي تضمنه العقد سدا لأبواب الفوضى والتلاعب بحقوق عباد الله واستندت إلى أن الإخلال به مظنة للضرر وتفويت المنافع ومن جملة فقه الضرورة<sup>2</sup>.

\***الضرورة والظروف الطارئة في العقود المتراخية**: قد تبرم عقود لفترة طويلة وتختل أسعار المواد خلال تلك الفترة بسبب أحداث طارئة فجاء القرار الآتي : في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد ، والتعهدات والمقاولات )إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في التجارة ولم يكن ذلك نتيجة تقصير... فإنه يحق في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين

<sup>1</sup> نظرية الضرورة الشرعية ، الزحيلي ص 193 وما بعدها .

<sup>2</sup> فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة ، آفاق وأبعاد ، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، ص 145.

المتعاقدين ، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية العروضة عليه ....<sup>1</sup>.

## نظرية التعسف في استعمال الحق

أولاً، مفاهيم أساسية عن النظرية :

**1- نقطة البدء في نظرية التعسف تنطلق من الصفة المزدوجة للحق :** الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية ، وهي في الوقت نفسه وسائل لتحقيق هذه الغاية المزدوجة أيضاً وهي المصلحة الفردية والمصلحة العامة توفيق بينهما عند التعارض ما أمكن وتقدم هذه الأخيرة مع التعويض العادل على الفرد إذا استحال التوفيق بينهما .

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

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

ثانياً، مفهوم التعسف في استعمال الحق :

---

<sup>1</sup>المرجع السابق ،ص153.

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

### تعريف التعسف :

لغة : مأخوذ من العسف وله عدد من المعاني اللغوية :الميل أو العدول عن الطريق ، الظلم ، السير بلا هداية  
1...

اصطلاحا : مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل<sup>2</sup>

### \*تحليل التعريف :

مناقضة قصد الشارع :أي مضادة قصد الشارع سواء كانت مقصودة وهذه تشمل استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار أو تحقيق مصلحة غير شرعية أو استعماله دون نفع أي مجرد العبث أو لنفع تافه في حين يلحق بغيره ضررا بينا ، مثل بيع العينة<sup>3</sup> للتوصل إلى الربا المحرم ، أو المناقضة غير مقصودة وهذه تشمل الأفعال التي تكون مآلاتها مضادة للأصل العام في الشرع مثل هبة المال صوريا قرب نهاية الحول احتيالا لإسقاط فريضة الزكاة .

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

<sup>1</sup> - لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، دار صادر - بيروت، ج9 ص245.

<sup>2</sup> -النظريات الفقهية ،الدريني ، ص 129.

<sup>3</sup> -بيع العينة : يقول الله اشترى منك هذه السلعة بمليون دينار مؤجلة ثم يبيع السلعة بثمان مائة حالة ... ويعرف بأنه "ما إذا باع سلعة لأجل ، ثم اشتراها بأقل نقداً " ( لموسوعة الفقهية الكويتية، ج2 ص33).

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

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

ثالثا، الفرق بين التعسف والتعدي أو مجاوزة الحد :

الفعل في التعدي غير مشروع لذاته لأنه لا يستند إلى حق أو جواز شرعي أي أنه معيب في ذاته في حين أن الفعل في التعسف مشروع في ذاته ولكنه مشوب بعييب في باعته أو نتيجته .

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

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

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

ثالثا، التكييف الفقهي للتعسف في استعمال الحق :

يذهب بعض الأصوليين - كالإمام الشاطبي في موافقاته - إلى أن التعسف في استعمال الحق من باب التعدي بطريق التسبب [ أي التسبب في الإضرار بالغير ] ؛ يظهر ذلك من تأصيله للمسؤولية في التعسف وأن مبناها التعدي ويظهر كذلك من تفصيله لحالات الضرر الذي يترتب على استعمال الحق<sup>1</sup> ، كما ذهب بعض

<sup>1</sup> - نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، فتحى الدين ، ص 54-57

الكاتبين من الفقهاء المعاصرين كالشيخ أبي زهرة والشيخ أحمد أبوسنة<sup>1</sup>، بينما جعلها الدريني نظرية مستقلة بذاتها.

لكن بإجراء مقارنة بين التعسف والتعدي بطريق السبب<sup>2</sup> يتبين أن :

نظرية التعسف مرتبطة أساسا بطبيعة الحق وغايته وهي نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة ولا تستند إلى معيار التعدي بطريق التسبب يدلنا على هذا الاستثناءات التي عمد إليها الفقهاء في تعليل أحكام المنع من التصرف في الحق أو أحكام التضمين تارة بالاستحسان وطورا بالمصلحة وأخرى دفعا للضرر العام أو تقديمها للمصلحة العامة ، ويترتب على هذا أن الحق ليس صفة طبيعية للإنسان حتى يكون مطلقا وغاية في ذاته ، يتصرف فيه صاحبه بمطلق رغبته ومشئته ولو أضر بغيره ، فمصدر الحق في الفقه الإسلامي إذن ليس ذات الإنسان ، بل الشريعة أنشأت الحق إنشاء ، وهو مقيد بما قيده به الشريعة ، وعلى هذا ليس للفرد من سلطة في التصرف إلا ما منحه إياه الشرع وفي الحدود المرسومة له.

رابعا، أدلة النظرية من الكتاب والسنة وفقه الصحابة :

من الكتاب :

\*قال تعالى : ( ... وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لعتدوا ... )<sup>3</sup>.

سبب نزول هذه الآية كما أخرج ابن جرير وابن المنذر أن رجلا من الأنصار يدعى ثابت بن يسار طلق زوجته حتى انقضت عدتها إلا يومين أو ثلاثا راجعها ثم طلقها فعل ذلك بها حتى مضت لها تسعة أشهر فأنزل الله الآية<sup>4</sup> .

وجه الدلالة : أنّ الإمساك حق للزوج ، وقد ندب الله تعالى إلى استعماله على نحو مشروع وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة ونهى عن استعماله على نحو غير مشروع ... وهو بعينه التعسف في استعمال الحق .

<sup>1</sup> - أسبوع الفقه الإسلامي ، ص 119

<sup>2</sup> - نظرية التعسف ، الدريني ، ص 69-74

<sup>3</sup> - البقرة : 231

<sup>4</sup> - جامع البيان في تأويل القرآن ، أبو جعفر الطبري (المتوفى : 310هـ) ، تحقيق : أحمد محمد شاكر ، مؤسسة الرسالة الطبعة : الأولى ، 1420 هـ - 2000 م ، ج 4 ص 530.

\* ﴿..لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾<sup>1</sup>.

يقول الجصاص: "فجعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة ثم أكد ذلك بقوله (لا تضار...) يعني -والله أعلم - إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها"<sup>2</sup>.

والخلاصة أن الآية تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضر كل منهما بالآخر بسبب الولد باستعمال ما منح من حق وسيلة إلى هذا الإضرار، كما توجب حماية الولد أيضا من الإضرار به ، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ؛ قال ابن شهاب: "والوالدات أحق برضاع أولادهن ما قبلن رضاعهن بما يعطى غيرهن من الأجر، وليس للوالدة أن تضار بولدها فتأبى رضاعه، مضارة وهي تعطى عليه ما يعطى غيرها من الأجر. وليس للمولود له أن ينزع ولده من والدته مضارا لها، وهي تقبل من الأجر ما يعطاه غيرها"<sup>3</sup>.

\* قال تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾<sup>4</sup>.

\* وقال عليه الصلاة والسلام: " لِي الْوَاكِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ"<sup>5</sup>.

فطلب الحبس وإن كان حق للدائن على مدينه ، إلا أن هذا الحق شرع -في الواقع- وسيلة للإكراه على قضاء الدين أي شرع وسيلة لغاية ، أما وقد استحال يقينا إفضاء هذه الوسيلة إلى غايتها -وهي الوفاء- في حالة العسر فاستعمالها حينئذ يكون تعسفا غير مشروع لأنها وسيلة استعملت في غير ما وضعت له وهذا عين التعسف. انظر بقية الأدلة نظرية التعسف للدريبي ص 91-112

من السنة النبوية :

\* قول النبي فيما رواه أبو سعيد الخدري: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>6</sup>.

1-البقرة: 233

2-أحكام القرآن ، ج1 ص 479.

3-جامع البيان ، الطبري ، ج5 ص 46.

4-البقرة: 280

5- صحيح البخاري ، باب من انتظر حتى تدفن ، ج3 ص 118.

6-سنن ابن ماجه ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، ج2 ص 784.

يقول الدريني: "...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... وشامل كذلك للضرر الذي يترتب على فعل مشروع في ذاته ، وهذا القسم هو الذي يدخل في نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ؛ فكان الحديث أصلاً لهذه النظرية... "1.

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

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

بقية الأدلة ( نظرية التعسف ص 139-152)

من فقه الصحابة :

\*فروى مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه : أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض ، أراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد فقال له الضحاك : لم تمنعني وهولك منفعة ؟ تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرك ، فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرنّبه ولو على بطنك ، فأمره أن يمرّبه ففعل الضحاك "4 .

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

1- نظرية التعسف ، ص 118

2 رواه البخاري ، باب من انتظر حتى تدفن ، ج3 ص 69.

3- نظرية التعسف ، ص 139.

4-المنتقى على الموطأ ج6ص 47.

\*ومن أمثلة ذلك أيضا اجتهاد عمر في منع الزواج بالكتائب الأجنبية بما يفيد أن المباح يمنع خشية أن يترتب عليه ضرر عام... لمناقضة قصد الشارع وهو التعسف بعينه... وهذا الفقه من عمر يؤكد أصل النظر في مآلات الأفعال الواقعة أو المتوقعة واعتبارها شرعا .

\*وأیضا الطلاق التعسفي وتوريث المبتوتة في مرض الموت بفتوى عثمان بن عفان معاملة له بنقيض قصده ودرءا لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حق الطلاق ...

أدلة النظرية من الأصول التشريعية والقواعد الفقهية ( انظر نظرية التعسف للدريني ص 167-225)

خامسا ، علاقة النظرية بالقواعد الفقهية :

1-قاعدة الأمور بمقاصدها : إتمقاد المكلفين معتبرة ، ولهذا القصد السيء سبب من أسباب بناء الأحكام الشرعية المنطلقة من الحكم على التعسف في استعمال الحق .

2-قاعدة الضرر يزال: إنَّ التعسف في استعمال الحق يحول صاحب الولاية من إبطال التصرفات التي يراد بها الإضرار بالأخرين .

3- قاعدة منع الحيل : وهو مجال تطبيقها .

4- قاعدة سد الذرائع : فالشريعة جاءت بالمنع من الوسائل المؤدية إلى الفساد .

5- قاعدة الموازنة بين المصالح والمفاسد

6- قاعدة النظر في مآلات الأفعال

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

سادسا، معايير نظرية التعسف في استعمال الحق :

إنَّ نظرية التعسف في الفقه الإسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما :

1- المعيار الذاتي أو الشخصي : وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق

إلى التصرف بحقه ، من قصد الإضرار ، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة .

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

**المعيار الأول:** الشخصي أو الذاتي ، وهو ذو شقين :

**الأول :** تمحّض قصد الإضرار : وهو أقدم معايير التعسف وأصلها ، وهو ممنوع في الشريعة بما دلت عليه النصوص الشرعية ، غير أنه لعسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن ومن ذلك أن لا يكون له منفعة في استعمال حقه ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره فيمنع ، ويمنع من باب أولى إذا استعمل حقه على وجه لبي ؛ بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلا إذا ترتب على هذا الارتفاق نفع لكليهما كما جاء في قضاء عمر - رضي الله عنه - في قضية محمد بن مسلمة .... ومثاله أيضا : المرور في الطريق بسرعة منخفضة يؤدي إلى إغلاق الطريق على الناس .

**الثاني :** الباعث غير المشروع وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع ، لأن قصد صاحب ذلك الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ومعاندة قصد الشارع عينا باطلا ، فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك ... ومن أمثلة ذلك حق الولاية على النفس ولو للأب يجب أن يمارس على وجه النظر والمصلحة لها حتى إذا استعمل علو وجهه لا يحقق ذلك كان متعسفا ، ومنها السلطة الزوجية فغاية التأديب هو تهذيب الزوجة وحملها على الطاعة وإصلاح نشوزها ، فإذا ابتغى غير ذلك أصبح فعله تعسفا غير مشروع ... ومثاله نكاح التحليل عند الحنابلة والمالكية .

**المعيار الثاني :** معيار موضوعي وهو نوعان :

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

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

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

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

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

## 2- المعيار الثاني الموضوعي: الضرر الفاحش

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الحوارية ، ولا شكأن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للمصالح العام ،وقد رأى الفقهاء المالكية والحنابلة والمتأخرين من الحنفية أن حق المالكمقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره ، وهي المضار غير المألوفة والضرر الفاحش أعم أنيكون ماديا كالدخان الكثيف والأصوات المقلقة ومنع الهواء والشمس والنور و...أو معنويا كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة ...

ويبدو هذا الاختلال بصورة أوضح إذا تعرضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة فيمنع التسبب من باب أولى كما ف يتلقي السلع وبيع الحاضر للبادي والتزوج بالكتايات في ظرف يؤدي إلى ضرر عام ....

والمعيار العام للتعسف هو استعمال الحق في غير ماشرع له .

سادسا، مجال النظرية :

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

## سابعاً ، الأثار المترتبة على التعسف :

- 1- الإثم ويسمى الجزاء الأخروي مثال تعسف الوالدة في حق الحضانة بأن تقول من حقي السفر بالولد فتسافر أو تمتنع من السفر من أجل المضارة بالزوج .
- 2- يشرع إزالة الضرر المترتب على التعسف في استعمال الحق .
- 3- إيجاب الضمان ويسمى الجزاء التعويضي .
- 4- إبطال التصرفات التي استعملت على جهة المضارة وعلى جهة التعسف في استعمال الحق، وهذا يسمى الجزاء العيني كمن باع من أجل إلحاق الضرر .
- 5- تقرير عقوبة التعزير على المتعسف وهذا يسمى الجزاء العقابي (مثاله حديث سمرة بن جندب حيث أمر النبي صلى الله عليه وسلم الأنصاري أن يقلع نخلة سمرة ) .

## ملاحظات :

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

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

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

تقويم : ما رأيكم في مقولة من استعمال حقه فما ظلم ؟