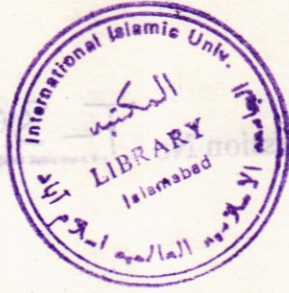


الجامعة الإسلامية إسلام آباد
كلية الشريعة والقانون



نظريات الضرورة في الفقه الإسلامي

مقارنته مع القانون الوضعي

T-302

إشراف :

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد أحمد عبد الهادي سراج
عميد كلية الشريعة والقانون

إعداد :

محمد طيفيل سالك
طالب الماجستير في الشريعة
العام الدراسي ١٤٠٤ هـ

❖

20/7/2010
64

على أن يكون الكتاب
نسخة من نسخة



Accession No. T-302



MD. e

المكتبة العامة
بمكة المكرمة

بمكة المكرمة
LLM

٢٥٩ ٤٠٦ ٣١٠
س ١٠

فقہ اسلامی - نظریۃ الضرورة -

DATA ENTERED

Amz 11/02/14

مكتبة
مكتبة
مكتبة
مكتبة

بسم الله الرحمن الرحيم

خلاصة البحث

هذا بحث متواضع في نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي وهو موضوع مهم خاصة في عصرنا الحاضر لأن كثيرا من الناس يشغلون عنها، فمقدمة هذا البحث تلقي ضوءا على أهمية موضوعه وذكرنا فيها الشبهات الواردة في ذهن الناس وبيننا بأنها تزول بتفهم نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية وإطلاقها المحدد مع تطبيقاتها وتقييدها في نطاق التشريع.

فبحثنا في التمهيد عن ماهية الضرورة في اللغة والشرع وذكرنا أن الضرورة تعني الحاجة، والمنفعة، والشدة، والنازل مما لا مدفع له لغة وإطلاقها الشرعي يتفق مع معناها اللغوي لأن الضرورة في الشريعة تعني الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا أو كما قال السيوطي، هي حالة المرء التي، إن لم يتناول الممنوع فيها هلك أو قارب وتليه الحاجة العامة في الترخيص والاستثناء بها من الأحكام العامة لأن الحاجة إذا عمت كانت كالضرورة كما قرروا في القواعد ونقلنا في هذا الباب عبارات الفقهاء التي تشير إلى استعمال كلمة الضرورة بمعنى الحاجة أو العكس فالضرورة على هذا لها اعتباران: الحالة الملجئة والقاعدة الاستثنائية أما الاعتبار الآخر لها في الشرع وهو في الحقيقة الاعتبار الأول لها فهو كونها مصلحة أساسية.

(ب)

وقارنا مفهوم الضرورة الشرعية مع مفهومها في القانون الوضعي ورأينا ان الضرورة في القانون هي حالة محدقة استثنائية يقع فيها خطر جسيم ويهدد نفس الانسان وماله . في هذه الحالة يسمح للفرد أن يضر بالغير أو أن يرتكب فعلا غير مشروع في نظر القانون وذلك الفعل غير المشروع يعد جريمة عند القانون بينما الشريعة الاسلامية تقرر بأن الضرورة لها اعتبارات ثلاثة: مصلحة أساسية وحالة ملجئة وقاعده استثنائية.

فنظرية الشرع هي اوسع واجمع نطاقا من نظرية القانون في الضرورة.

وفي الباب الاول أوردنا الأدلة من الكتاب والسنة في مشروعية الضرورة وحكمتها فذكرنا أن الضرورة تبني على المبادئ المقررة والأصول الثابتة والقواعد القطعية في الشريعة الاسلامية كرعاية المصلحة، ومبدأ اليسر والسهولة، وأصل رفع العرج، ودفع المشقة وتحقيق العدل والعدالة. والفكرة الرئيسية فيه أن المصلحة هي أساس التشريع أو عمومها لا تعدو ثلاثة اقسام: الضرورة والحاجة والتحصينية. الضرورة هي أصل المصالح والباقي كالتكليف لها والقاعدة أنه اذا ما دعت اعتبار التكملة بالابطال على الأمل فلا عبرة بها كما قرر الامام الشاطبي في موافقاته وغيره من الفقهاء المسلمين. والشارع اعتبر الضرورة بمعنى المصلحة الضرورية في



الاحكام العامة الابتدائية والاستثنائية معا وأساس الاستثناء من الاحكام العامة هو الضرورة أو الحاجة البالغة مبلغ الضرورة وبذلك تكون مشروعية الرخص كأكل الميتة للمضطر لأنه اذا كانت المصلحة التحسينية أو الحاجة يهدد اعتبارها لمصلحة ضرورية فيجب مراعاة المصلحة الضرورية وتتشارك المصالح التحسينية أو الحاجة، وهذه هي حالة الضرورة وأساس نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي. وبيننا بعد ذلك نصوص الضرورة في القانون الجنائي والمدني الباكستاني والمصري والسوري والعراقي على سبيل المثال و الفكرة الاساسية وراء نظرية الضرورة في القانون هي العدالة كما رأينا. ولكن العدالة تعتبر مصدرا مستقلا عن النصوص التشريعية في القانون الوضعي و هي ليست كذلك في الشريعة الاسلامية بل هي من صميم التطبيق للاحكام الشرعية.

وبعد ذلك ذكرنا هذه النظرية بالتفصيل وقلنا أن نظرية الضرورة هي نظرية متكاملة في الشرع وقاعدة قطعية في الدين تطبق في جميع طرق الاجتهاد كالقياس والاستحسان والاستصلاح أو المصالح المرسلة والذرائع والحيل والعرف والاستصحاب والترجيح بين الأدلة المتعارضة والتقليد والتلفيق والأخذ بأبسط المذاهب للضرورة.

أما القياس فهو مبنى على أصل اعتبار المصلحة بأن الشرع
ينبنى على المصلحة مبدئياً فحيثما كانت المصلحة فثم شرع الله وعلى
القائس أو المجتهد بأن ينظر في هذه المصالح وقيس الأمور
على أشباهها وإن كانت ليس هناك أشباه فعلى المصالح الكلية
الشرعية وأهم هذه المصالح كما رأينا هو الضرورة، فالقياس يرجع
إليها في النهاية كما هو شأن الاجتهاد نفسه وقد بينا أن الإمام
أحمد بن حنبل رحمه الله عليه لا يلجأ إلى القياس إلا للضرورة وأن
الإمام الشافعي رحمه الله عليه لا يفرق بين القياس والاجتهاد
وبينا أن القياس يستعمل بالمعنيين : الضيق والواسع فالقياس
بالمعنى الضيق هو القياس المطلق أو القياس التام أو قياس
الأشباه، أما القياس بالمعنى الواسع فيسمى قياس المصلحة أو قياس
المعاني والإمام الشافعي حينما يقول بالقياس يعنى به هذين
المعنيين ولكن الفقهاء الآخرون يسمون قياس المصلحة بالاستحسان
أو المصالح المرسلّة ويدخل فيه جميع طرق الاجتهاد والتأويل
الأخرى كالذرائع والحيل والعرف والترجيح وغيرها لأنها جميعاً
مبنية على رعاية المصالح فإذا كانت مصلحة غير منصوبة لايجوز
الأخذ بها عند جمهور الفقهاء إلا بشرط الضرورة أو الحاجة العامة
الجارية مجرى الضرورة فأثبتنا في هذا الباب هذه الحقيقة بعد
أن رأينا دور الضرورة في استنباط الأحكام بجميع طرق الاجتهاد.

وناقشنا في هذا الباب قضية حجية الضرورة وذكرنا فيها رأي الدكتور محمد مصلح الدين لأنه يقول أن الضرورة والحاجة من حيث كونها قاعدة داخلية في كل انواع الاجتهاد بعد القياس تصبح دليلا خامسا في الشريعة الاسلامية بعد الكتاب والسنة والاجماع والقياس ولكن هذا الرأي في نظرنا مبني على تعبير غير دقيق لأن الضرورة هي دليل شرعي ثابت بالنصوص القرآنية والسنية والجماعية وليس خارجا عنها وعلى هذا لا يكون دليلا مستقلا عن الأدلة الأربعة الشرعية فلا مجال لاستخدام قاعدة الضرورة والحاجة كدليل خامس في الشريعة الاسلامية.

واستعرضنا بعد ذلك نظرية القانون في هذه القضية المهمة وذكرنا أن القانون الوضعي بجميع انواعها يعتبر الضرورة كمصدر التشريع في الظروف الاستثنائية . وقد رأينا أن الفقه الاسلامي لا يعتبر الضرورة مصدرا مستقلا للتشريع بل يقرر أنها داخلية تحت عموم الأدلة الشرعية يعني انها ليست دليلا مستقلا، بل هي دليل شرعي ثابت بنصوص القرآن والسنة والاجماع .

ولكن الضرورة من حيث كونها دليلا شرعيا، ليست نظرية مطلقة بل هي مقيدة بشروط يجب توافرها في الضرورة لاعتبارها شرعا . فالضرورة لها حرم محدود، وضوابط دقيقة وقواعد محققة وهذه القواعد تعتبر خططا تشريعية يلزم المجتهد العمل بمقتضاها

فى التطبيق العملى والتشريع الاجتهادى فى نطاق الضرورة، توخيا لمقصد الشارع وتحريا للمصلحة - وهى مقصد الشارع - وعملا بضوابط المشروعات التى دل عليها استقراء الاحكام، درا المتعسف فى الاجتهاد والعمل .

فخصنا الباب الثانى لبيان ضوابط الضرورة وقواعدها -
فاولا وضعنا المعايير أو الضوابط التى لابد منها لاعتبار الضرورة،
وبعد ذلك ذكرنا قواعد الضرورة وتطبيقاتها الفقهية المختلفة،
فهذا الباب يوضح وضوحا تاما بأن الضرورة ليست هى نظرية مطلقة بل هى قاعدة مقيدة بقيود لازمة يجب التزامها فى أثناء تطبيقها فى النطاق الشرعى ولا يجوز لأحد بأن يستند الى الضرورة حسب أهوائه ويتخيلاته وبيننا موقف القانون فى شروط الضرورة وقواعدها . ورأينا ان موقف الشريعة هو افضل واجمع وانفع من موقف القانون بهذا الصدد .

وبعد ذلك استعرضنا حالة الضرورة وحكمها فى الباب الثالث تحت عنوانه: الضرورة كحالة ملحة، فذكرنا أولا حالات الضرورة الملجئة المختلفة كالمخض (أى الجوع الشديد ونحوها) والمرض والاكراه ودفع المائل والجائحة أو الآفة السماوية وخصنا لكل من هذه الحالات مبحثا ومبحثا بعد ذلك فى مبحث واحد عن حالات الضرورة الاخرى كالترس، واشراف السفينة على الفرق، والحريق فى منزل آخى والعسر وعموم البلوى، وما طلة

المديون ، في الظاهر بالحق ، وأوردنا ثانياً حكم حالة الضرورة بوجه عام وأثرها على المسئولين الجنائية والمدنية لكي تتجلى لنا الطريق في تطبيق حكم الضرورة في مختلف أحوال الانسان .

ثم ذكرنا بعض النماذج التطبيقية لنظرية الضرورة التي تزايدت أهمية في ظروفنا الاجتماعية المعاصرة كضرورة الرعاية ، واعطاء الزكاة لبنى هاشم وتنظيم النسل ، ونقل الدم والتبرع بالدم والتشريح الطبى وتشريح جثث الموتى للتعليم وترقيع الاعضاء ووضع الضرائب غير الواجبة ، والتسخير الجبرى ، وتحديد الأمور وتقييد الملكية الفردية وفي الحقيقة هذه كالتكملة للبحث والتممة له .

ولقد عالجت في هذا الباب نظرية القانون في حالة الضرورة بأبعادها المختلفة . وأجرنا المقارنة بينها وبين نظرية الشريعة في هذا الصدد بغية اجلاء المواضع التي تتميز فيها الفقه الاسلامى عن القانون من ناحية الهدف والجوهر .

وبالله التوفيق

فهرس

الموضوع	الصفحة
خلاصة البحث	أ - ز
مقدمة	أ
التمهيد	أ - ٢٢

أولا : التعريف بالضرورة

١ .	الضرورة فى اللغة	أ
٢	الضرورة فى الشرع	أ١
٣	مقارنة	٢٠

ثانيا : الضرورة ومرادفاتها

١	المصلحة والضرورة	٢٤
٢	الحاجة والضرورة	٢٥
٣	الاضطرار والضرورة	٢٦
٤	الأكراه والضرورة	٢٧
٥	المشقة والضرورة	٢٩
	<u>مقارنة</u>	٢١

الباب الاول : الضرورة كحجة شرعية

الفصل الاول : التكيف الشرعى للضرورة

المبحث الاول : أدلة مشروعية الضرورة

٣٣ (١) النصوص القرآنية

٣٧ (٢) النصوص السنية

٤٠ (٣) النصوص القانونية

٤٤ المبحث الثانى : مبادئ عامة لنظرية الضرورة

٤٤ (١) رعاية المصلحة

٤٧ (٢) اليسر ورفع الحرج

٥٠ (٣) التكليف بالمقدار

٥٢ (٤) تحقيق العدل والعدالة

٥٥ مقارنة

٩١ - ٦٠ الفصل الثانى : الضرورة كمبدأ تشريعى

٦٠ المبحث الاول : مصلحة الضرورة

٦٠ (١) مصالح شرعية

الضرورية ، الحاجة ، التحسينية

٦٢ (٢) مكملات المصالح

٦٣ (٣) شرط اعتبار التكملة

٦٥ (٤) الضروريات هي أصول الدين

٦٧ المبحث الثانى : حجية الضرورة

٦٨ (١) تقسيمات المصلحة

٧٠ (٢) شرط الضرورة

٧٣ (٣) الضرورة كمبدأ، عظيم

٧٥ (٤) الضرورة كأصل الاستصلاح

٧٦ (٥) الضرورة كقواعد قطعية

٨٢ (٦) مدى حجية الضرورة

٨٧ (٧) مناقشة وتقويم

٨٩ مقارنة

٩٢ - ١٢٥ المبحث الثالث : دور الضرورة فى الاجتهاد

٩٢ (١) الاجتهاد والضرورة

٩٧ (٢) القياس والضرورة

١٠١ (٣) الاستحسان والضرورة

١٠٤ (٤) المصالح المرسله والضرورة

١١١	(٥)	الذرائع والضرورة
١١٣	(٦)	الحيل والضرورة
١١٥	(٧)	العرف والضرورة
١١٨	(٨)	الاستصحاب والضرورة
١١٩	(٩)	التقليد والضرورة
١٢١	(١٠)	الترجيح والضرورة
١٢٢	(١١)	التلفيق والضرورة

الباب الثاني: الضرورة كقاعدة فقهية

(شروط الضرورة وقواعدها)

المبحث الأول: شروط الضرورة ١٢٦ - ١٣٨

١٢٦	(١)	ان تكون الضرورة ملجئة
١٢٨	(٢)	" " " قائمة
١٢٩	(٣)	" " " متعينة
١٣٠	(٤)	" " " مقدرة
١٣٢	(٥)	" " " مقيده بزمن
١٣٣	(٦)	الا تكون الضرورة مخالفة لقواعد الشرع
١٣٧	(٧)	" " " متعلقة بحقوق الغير
١٣٥		مقارنة

المبحث الثاني: قواعد الضرورة

الاولى: لا ضرر ولا ضرار

(١) الضرر يدفع

(٢) الضرر لا يزال

(٣) الضرر لا يزال بمثله

(٤) يزال الضرر الاشد بالضرر الأخف

(٥) يختار اهلون الشرين

(٦) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

(٧) درء المفسد اولى من جلب المنافع

الثانية: المشقة تجلب التيسير

(١) الامر اذا ضاق التسع

الثالثة: الضرورات تبيح المخطورات

(١) الضرورة تقدر بقدرها

(٢) ما جاز لعذر بطل بزواله

(٣) الاضرار لا يبطل حق الغير

(٤) حاجة تنزل منزلة الضرورة

مقارنة

الباب الثالث : الضرورة كحالة ملجئة

٢٨٥ - ١٨٨

(حالات الضرورة وآثارها)

١٨٨

المبحث الاول : حالات الضرورة

١٩٠

(١) المخمصة (الجوع والعطش الشديدان)

٢٠٢

مقارنة

٢٠٦

(٢) المرض

مقارنة

٢١٧

(٣) الاكراه الملجئ

٢٣٨

مقارنة

٢٤٢

(٤) دفع المائل (أو الدفاع الشرعي)

٢٥١

مقارنة

٢٥٥

(٥) الجائحة أو الآفة السماوية

٢٦٠

مقارنة

(مسلسل)

- ٢٦٤ (٦) حالات الضرورة الأخرى
- ٢٦٤ الترس
- ٢٦٥ اشراف السفينه على الفرق
- ٢٦٦ الحريق في منزل آخر
- ٢٦٧ العسر وعموم البلوى
- ٢٦٩ الظفر بالحق
- ٢٧١ المبحث الثاني: آثار الضرورة
- ٢٧١ (١) إباحة المحظور
- ٢٧٤ (٢) أقسام المحظورات واثار الضرورة فيها
- ٢٧٩ (٣) اثار الضرورة على المسئولية الجنائية
- ٢٨١ (٤) أثار الضرورة على المسئولية المدنية
- ٢٨٢ مقارنة
- خاتمة هذا البحث
- نماذج تطبيق الضرورة في عصرنا الحاضر
- ٢٨٥ (١) ضرورة الرعية
- ٢٨٧ (٢) اعطاء الزكاة لبنى هاشم
- ٢٩٠ (٣) ضبط التوليد
- ٢٩٣ (٤) نقل الدم

- ٢٩٤ (٥) ترقية الأعضاء
- ٢٩٥ (٦) التشريح الطبى
- ٢٩٨ (٧) تشريح الجثث للتعليم
- ٣٠٠ (٨) وضع الضرائب غير الواجبه
- ٣٠٢ (٩) التسعير الجرى وتحديد الأجور
- ٣٠٤ (١٠) تقييد الملكية الفردية
- ٣٠٦ مصادر البحث

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العلمين والصلوة والسلام على خاتم
النبيين سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ومن
تبعهم باحسان الى يوم الدين .

وبعد :

فهذه رسالة موجزة في دراسة نظرية الضرورة في
الفقه الاسلامي ولاشك في أن لهذا الموضوع أهمية بالغة
في عصرنا الحاضر لأن هناك كثير من المسلمين المثقفين
بالثقافة الغربية، الجاهلين عن دينهم وفقهم وتراثهم
الفكري والحضاري العظيم، يريدون أن يتبعوا أهوائهم النفسانية
وينبذوا وراء ظهورهم أحكام الشريعة الاسلامية التي لا تلائم
في نظرهم روح العصر الجديد، باسم الضرورة، فيرفعون شعار
الضرورة وينادون باباحة المحرمات وتحريم المباحات بمقتضى
الضرورة دون استناد الى أصل أو دليل شرعى .

فمثلا نرى بعض الناس ينادون بجواز شرب الخمر وغير
ذلك من المسكرات العاديه في الحفلات العامة السياسية
والدبلوماسية أو اختلاط الرجال بالنساء بدون أى استحياء
في الأندية الأدبية والاجتماعية أو أكل لحم الخنزير أو

الوقوف فى الفاحشة فى البيئـة الأوروبـية أو أكل الربـا المـصرفـى
الذى يسمـى باسم الفائـدة استنادا الى الضرورة .

وكذلك نرى بعض الحكومات والمحاكم القانونية فى
البلاد الاسلامـية تحاول تقنين وتطبيق الأحكام السياسـية
والادارية التى لاتلائم مقاصد الشريعة وروحها تحت ستار
مبدأ الضرورة العصرية . ولكننا نرى أن هذا ليس بحق وفيه
مخالفة صريحة ومصادمة فاحشة للنصوص الشرعية الاسلامـية
وأصولها والهدف الاساسى فى نظرنا - باصدار مثل هذه
الأحكام أو التقنينات هو الفرار من شريعة الله . أو الانحلال
عن ربة الدين الحنيف والانحراف عن الصراط المستقيم والزيف
عن الحق القويم والعدول عن سبيل المؤمنين .

وظاهر أن هذه المحاولات الفاسدة تشكل الفتنة الكبرى
لشريعة الاسلامـية فى هذا العصر الذى اضطربت فيه جميع
الامـواع والظروف الدينية والخلقية والاجتماعية والسياسية
وباللاسف ! أننا نجد بعض الواهمين يوافقون على هذه الظنون
والاوهام الفاسدة ويفتون باباحة المحظورات الشرعية على أساس
الضرورة ولكن الحق لا يتبع الهوى والشريعة الاسلامـية الفاضلة
العادلة الكاملة لاتتغير حسب أهواء الناس ومرضياتهم وانما
هى شريعة الهية تفوق كل الامـواع وهى جاءت - كما قرر

الشاطبي - لتخرج المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عباد الله، وهذا المعنى اذا ثبت لايجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس وطلب منافعها العاجلة كيفما كانت وقد قال ربنا سبحانه وتعالى : (ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن)^(١) . ولهذا لا ينبغي لنا بأن نسخر الشريعة الغراء لتحقيق غرائز الانسان وأهوائه اذ لا يصح لأحد أن يدعى على الشريعة أنها وضعت على مقتضى تشهى العباد وأغراضهم، وعلينا أن نجعل تلك الاغراض والأهداف تابعا لوضع الشارع وغرضه المأخوذ من الأدلة الشرعية.

وبناء على هذا، فيجب على العلماء المحققين الذب عن الشريعة والدفاع عن مقاصدها وأهدافها بكل الوسائل الممكنة بغية سد سبل الافتيات على الشريعة الاسلامية، وهذا يقتضى البحث عن نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى لكى تتجلى ماهية الضرورة وتتضح جميع أحكامها وصور تطبيقها فى مختلف أحوال الحياة فى ضوء مبادئ الشريعة السامية البيضاء.

على أن الشريعة الاسلامية الخالدة شريعة الحياة و
والواقع والفطرة وهى صالحة للتطبيق والعمل بها فى كل زمان

(١) الموافقات، ٢ / ٣٨

ومكان فلا يضيق بها أحد ولا يحس امرؤه بأنها غل على النفوس أو قيد يمنع من التطور والحضارة أو مسايرة ركب الحياة أولاً الانطلاق بحرية كاملة في كل الشؤون الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

وأن شرع الله ملازم للمصلحة وهي عمود التشريع وأساسه كما سنبين في مجال هذا البحث، والمصلحة ثلاثة أقسام : الضرورية والحاجية والتحسينية. فالضرورية هي أصل المصالح والباقي كالتكمله لها والقاعدة أن التكملة اذا عاد اعتبارها على الأصل بالابطال، فلا عبء بها بل تلغى هي لمحافظة الأصل اعنى المصلحة الضرورية وهذا هو معنى الضرورة بالاجمال فالضرورة بهذا الاعتبار هي دليل شرعى ومبدأ عظيم في التشريع الاسلامى يرجع اليه جميع طرق الاجتهاد كالقياس، والاستحسان والمصالح المرسله، والذرائع، والحيل، والعرف، واستصحاب الأصل، والترجيح والتخير والتلفيق.

والضرورة كمبدأ التشريع لها اعتبارات ثلاثة : المصلحة الضرورية، والحالة الملجئة، والقاعدة الاستثنائية وهي بهذا الاعتبار الأخير تبيح المحظور وتوجب التخفيف وتسقط الخطاب ويخفف بها عموم النص ويترك بها القياس ويستثنى بها ممن القواعد وبما أن أحكام الشريعة العامة الكلية مبنية على

المصالح فالاحكام الاستثنائية كذلك ترجع الى تحقيق المصالح
الضرورية للناس .

فالضرورة كما بحثنا ليست هي قاعدة مطلقة بل هي
نظرية محددة لها شروط وضوابط معينة فتطبق النظرية في
نطاقها المحدد الشرعى برأ للفوضى والاضطراب .

طريقة البحث : لم يذكر الفقهاء الضرورة كنظرية عامة
في موضع واحد وباب مستقل في كتب الفقه والأصول ولكنهم ذكروا
الضرورة في أبواب مختلفة فذكروها مثلاً في باب الرخصة
كأكل الميتة في حالة الاضطرار والنطق بالكفر في حالة
الاكراه، وذكروها ايضاً في باب القياس عند الكلام عن العلة
والمناسبة التي تنقسم الى ضرورة وحاجية وتحسينية كما ذكروها
تحت الاستحسان بالضرورة، والمصلحة المرسلّة، وطرق الاجتهاد
الأخرى كالعرف والاستصحاب والترجيح بين الاقبيسة المتعارضة،
وكذلك ذكروها في باب الأهلية تحت عوارضها كالصغر والمرض
والجهل والنقص الطبي والاكراه وهي تعتبر حالات الضرورة بوجه
عام واسباب التخفيف والترخيص في الأحكام، ويمتاز الامام
الشاطبي بذكر الضرورة كمصلحة أساسية ومقصد رئيسي في
الشريعة الاسلامية .

أما في كتب الفقه نجد ذكر الضرورة في ابواب الطهارة

تحت موضوع طهارة الآبار والحياض ضرورة وفى كتاب الفصيب والضمان فى مسئلة الظفر بالحق وفى ابواب الجنائيات تحست دفع الصائل وهو حق الدفاع الشرعى الذى يجوز للضرورة وفى كتاب البيوع تحت ابواب السرر والخيارات فى العقود .

ولقد خضت فى هذه المواضع فى مختلف كتب الفقه وأصوله جديدة كانت أو قديمة واقتبست من أغوائها الامية التى انارت لى الطريق الذى سلكته للوصول الى غايتى فى بحث نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى كنظرية متكاملة .

تقسيم البحث : وقسمت البحث بعد هذه المقدمة الى تمهيد وثلاثة أبواب فاتيت فى التمهيد بتعريف الضرورة لغة واسطلاحا فى الشرع والقانون وفرقت بين الضرورة وملاساتها فخصصت الباب الاول للحديث عن نصوص الضرورة كجة شرعية أو كمبدأ تشريعى ووضحت فيه الدور الذى تلعبه الضرورة فى تشريع الاحكام وهو فى نظرى أهم أبواب البحث لأننى فصلت فيه أن الضرورة هى نظرية متكاملة وقاعده قطعية فى الدين كما

صرح بها استاذنا الدكتور حسين حامد حسان فى بحثه العظيم " نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامى " وقد ذهب الدكتور محمد مصلح الدين الكاتب الاسلامى المعاصر الى أن الضرورة هى مصدر من مصادر الشريعة تأتى بعد الأدلة الأربعة ولقد ناقشنا هذا الرأى فى نفس الباب .

وذكرت في الباب الثالث الضرورة كقاعده ففهييه وأوردت فيه شروط الضرورة وقواعدها وقارنتها بالقانون الوضعي وتكلمت في الباب الثالث عن حالات الضرورة وآثارها في الفقه الاسلامي واجرت المقارنة بينها وبين القانون الوضعي بهذا الصدد واستعرضت في هذا الباب تطبيق نظرية الضرورة في بعض القضايا الحديثة وهذا يلقي ضوءاً على امكانيات تطبيق هذه النظرية على الاوضاع الراهنة.

ولا يسعني في ختام هذه المقدمة الا أن أشكر فضيلة الاستاذ الدكتور محمد أحمد عبدالهادي سراج عميد كليته الشريعة والقانون، بجامعة الاسلامية اسلام آباد على ما بذل جهده في سبيل الاشراف على رسالتي هذه ولولا توجيهاته القيمة وتشجيعه المستمر لما امكن لي أن أكتب على هذا الموضوع البكره فجزاه الله سبحانه وتعالى كل خير وتوفيق.

والحمد لله على ذلك حمداً كثيراً طيباً مباركاً
وصلّى الله على حبيبته محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً
كثيراً كثيراً.

الباحث

محمد طفيل سالك

طالب الماجستير في الشريعة

العام الدراسي ١٤٠٤ هـ

تمهيد

اولا : التعريف بالضرورة

ثانيا : الضرورة ومرادفاتها

تمهيداولا : التعريف بالضرورة

الضرورة في اللغة : الضرورة لغة اسم لمصدر الاضطرار وهو الاحتياج الى شيء يقال اضطره الى كذا أى احوجه اليه وحملتني الضرورة على كذا (١).

والاضطرار من باب الافتعال أصله اضترار من الضرر فجعلت التاء طاء لأن التاء لم يحسن لفظه مع الضاد (٢)، والضرر هو الضيق يقال رجل ذو ضرر أى ضيق ومكان ضرر أى ضيق وقال تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) (٣) أى فمن الجئ الى تناول الميتة وما حرم وضيق عليه الأمر.

والضرر من الضر بالفتح ضد النفع (٤) وهو نقصان يدخل فى شيء ويقال دخل عليه ضرر فى ماله ومنه قوله تعالى (لا يضركم كيدهم شيئا) (٥). وبالضم (الضر) الشدة والهزال وسوء الحال (٦) كما فى قوله تعالى (واذا مس الانسان ضر دعانا لجنبه أو قاعدا أو قائما فلما كشفنا عنه ضره مر كأن لم يدعنا الى ضره) (٧).

- | | | | |
|-----|-----------------------------|-----|----------------------------|
| (١) | لسان العرب ، ٤ / ٤٨٣ | (٥) | القرآن ، سورة آل عمران ١٢٠ |
| (٢) | نفس المرجع ٤ / ٤٨٤ | (٦) | مصباح المنير ، ٢ / ٦ |
| (٣) | القرآن ، سورة البقرة ، ١٧٣ | (٧) | القرآن ، سورة يونس ١٢ |
| (٤) | معجم مقاييس اللغة ، ٨ / ٣٦٠ | | |

فالضرورة على هذا مشتقة من الضرر كما قال السيد الجرجاني^(١)، وهى تعنى الشدة التى لا مدفع لها أو النازل مما لا مدفع له كما تعنى المشقة^(٢) والحاجة يقال اضطره الى كذا أى أحوجه وألجاء ومنها الضرورات تبيح المحظورات، أى أن حاجة المرء الى أمر من الأمور تدفعه الى أن يفعل ما هو ممنوع عمله^(٣).

وفيه يقال رجل ذو ضرورة وضارورة أى ذو حاجة^(٤) كما جاء فى حديث سمرة رضى الله عنه: (يجزى من الضارورة صبح أو غبوق) أى انما يحل للمضطر أن يأكل من الميتة ما يسد الرمق غداً أو عشاءً ليس له أن يجمع بينهما وقال الشاعر.

أثيبى أخا ضارورة أصفق العدى
عليه، وقلت فى الصديق أواصره^(٥)

والضرورى هو ما تدعو الحاجة اليه دعاء قويا أو ما أكره الانسان أو ما سلب فيه الاختيار للفعل أو الترك^(٦) والضرورى - كما قال الراغب - على ثلاثة أضرب:

-
- | | |
|-----|---------------------|
| (١) | التعريفات، ص ١٢ |
| (٢) | المعجم الوسيط ٥٣٨/١ |
| (٣) | المنجد ٤٤٨ |
| (٤) | لسان العرب، ٤/٣٨٣ |
| (٥) | نفس المرجع ٤/٣٨٣ |
| (٦) | المنجد ص ٤٤٨ |

أحدهما : ما يكون على طريق القهر والقسر لاعلى الاختيار
كالشجر اذا حركته الريح الشديدة.

ثانيها : ما لا يصل وجوده الا به نحو الفداء الضرورى
للانسان فى حفظ البدن.

ثالثها : ما لا يمكن أن يكون على خلافه كما يقال الجسم
الواحد لا يصح حوله فى مكانين فى حالة واحدة بالضرورة^(١).

فالحاصل أن الضرورة من الاضطرار وأصله الضرر الذى
يستخدم فى معان عدة أقربها الى غرضنا المقصود فى هذا البحث
معانى المشقة، والضيق، والحاجة وسنرى أن الاطلاقات الشرعية
لكلمة الضرورة، مبنية على الاستعمالات اللغوية لها.

الضرورة في الشرع : تعرض الاصوليون لبيان مفهوم الضرورة في موضعين : أحدهما موضع بيان المناسبة كأحدى ممالك العللة وكأحدى وجوه الترجيح بين المصالح المتعارضة فالمناسبة هي الوصف الملازم لمقاصد الشرع^(١) وهي على ثلاثة مراتب أعلاها الضرورية وتليها الحاجية ثم التحسينية.

تعريف الضرورة عند الشاطبي :

فالضرورة تمثل المرتبة الأولى من مراتب المناسبة وأعلى مستويات المصالح وهي - كما عرفها الشاطبي - عبارة عن " مالا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث اذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين^(٢)،

الضرورات الخمسة :

ومجموع الضرورات خمسة وهي : حفظ الدين ، والنفس ، والنسل ، والمال ، والعقل فحفظ هذه المصالح الخمسة ضرورية بالذات

(١) ومعنى مناسبة الأوصاف للأحكام أن ربط الأحكام بها يؤدي في نظر العقل الى تحقيق المصالح التي شرعت الأحكام لتحقيقها، وهذا ما عبر عنه التفتازاني قبوله في تعريف المناسبة بمعنى كون الوصف بحيث يكون ترتب الحكم عليه متضمنا لجلب نفع أو دفع ضرر معتبر في الشرع (التلويح ، ٢ / ٦٩) .

(٢) الموافقات ، ٨ / ٢

حالة الضرورة :

والحالة التي يهدد فيها أحد هذه المصالح بحيث يجد الانسان نفسه أو دينه أو عرضه أو عقله أو ماله في معرض الخطر والهلاك فتعطى الشريعة السمحة فيها الرخصة في تناول المحرمات وارتكاب المنهيات وتجاوز الأحكام القياسية بغية تحقيق مقصد الشارع في الحفاظ على هذه المصالح كيما كان... وتعتبر هذه الحالة كحالة الضرورة وهي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا^(١).

والموضع الثاني الذي يتعرض^(١) فيه الأصوليون لمفهوم الضرورة هو موضع الكلام عن الرخصة والأصل فيه أن الشريعة قررت الأحكام الاستثنائية الى جانب الأحكام الكلية الابتدائية . لأن الانسان يواجه أحيانا حالة الشدة والضيق بحيث لايسعه اتباع الحكم الشرعى العام فتبيح له الشريعة الاسلامية ترك ذلك الحكم والاقدام على الممنوع ترخيما . وتخفيما وأساس هذا الترخيص هو رفع الحرج والمشقة وهو مقتضى الضرورة مبدئيا

(١) شرح مجلة الاحكام العدلية لعلی حیدر، ٣٤/١

(٢) غير أن هذا التعرض لمفهوم الضرورة هو - أغلب الأحوال - تعرض اجمالي اذ الأصوليون يعرفون الضرورة هناك بحسب أحوال الضرورة والرخصة ولا يذكرون تعريفا عاما شاملا للضرورة .

تتعلق بالمصلحة الضرورية وقد تتعلق بالمصلحة الحاجية بمقتضى القاعدة الفائلة بأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة^(١).

فللضرورة على هذا اطلاقان احدهما أوسع من الآخر وفيما يلي نتكلم عن كلا الاطلاقين بشئ من التفصيل :

الضرورة عند الفقهاء :

أما الضرورة في اطلاقها الضيق فهي تعنى - عند الفقهاء - ضرورة المخصصة أو ضرورة حفظ النفس على الأكثر، وهي حالة الاضطرار أو الاجاء الى اكل المحرمات وتناول المنوعات عند حدوث الضرر أو الهلاك على النفس . بناء على هذا حينما يصبح الانسان في خطر محقق ويشرف على الموت أو يقرب منه لشدة الجوع والعطش أو الفصة، فهو في حالة الضرورة .

فمثلا يقول الجصاص : " الضرورة هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الاعضاء^(٢) .

ويقترّب منه تعريف ابن قدامة المقدسى : بأن الضرورة المبيحة هي التي يخاف منه التلف ان ترك الأكل^(٣) . وتعريف البزدوى :

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ٣٢

(٢) احكام القرآن : ١ / ١٥٠

(٣) المغنى : ٥٨٨ / ٨

بأنه : لو امتنع عن تناول يخاف تلف النفس أو العضو^(١).

وهي في تعبير السيوطي عبارة عن بلوغه حدا ان لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو^(٢).

ولقد عرّف ابن الجوزي الضرورة بأنها هي الخوف على النفس عن الهلاك علما أو ظنا أو هي خوف الموت، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف الموت وإنما يكفي حصول الخوف من الهلاك ولو ظنا^(٣).

وقد تبعه الاستاذ مصطفى الزرقا فهو يقول : الضرورة هي اشد دافعا من الحاجة، فالضرورة ما يترتب على عصائها خطر كما في الاكراه الملجئ وخشية الهلاك جوعا^(٤).

ولكن هذه التعريفات كلها متقاربة - كما رأينا - ومتجهة نحو بيان حالة معنية من حالات الضرورة وهي حالة الداء و الدواء أو ضرورة المصلحة عند الخطر والهلاك على النفس.

(١) كشف الاسرار : ١٥١٨/٤

(٢) الاشباه والنظائر : ٨٥

(٣) القوانين الفقهية : ٣٣

(٤) المدخل الفقهي العام ٢ / ٦٠٣

ومن الواضح أن الضرورة لا تنحصر في ضرورة المصلحة فقط ،
والفقهاء المتقدمين أنفسهم فيما يتعرضون لبيان اسباب الضرورة أو
حالاتها يقولون بأن الضرورة لها سببان : كالجوع والاكراه ، ويزيد
البحث عليها كالفقير كما سيأتى تفصيل ذلك في معنى البحث عند
حالات الضرورة ، ومع ذلك : هذه الاسباب كلها اسباب الخطر أو
الهلاك على النفس ، فالضرورة اذن قاصرة - عندهؤلاء الفقهاء -
في معظم التفاصيل - على ضرورة حفظ النفس .

ولكن الضرورة عندنا لا تقتصر على ضرورة المصلحة أو حفظ
النفس فقط بل تشمل كل المصالح الضرورية الخمسة من حفظ
الدين والنفس والمال والعقل والنسل .

ولقد حاول المحصاني استقصا جميع حالات الضرورة
المتعلقة بكلياتها الخمسة فقال : نحالة الاضطراب أو الضرورة
هى بعرف الاصوليين ما التجاء فيه المرء الى حفظ دينه أو
نفسه أو ماله أو عقله أو نسله من الهلاك^(١) .

فالضرورة على هذا الاطلاق هى الحالة التى يواجه فيها
الانسان خوف الهلاك أو الخطر والضييق الشديد بالنسبة لأحدى
المصالح الأخرى .

(١) فلسفة التشريع فى الاسلام : ٣٠٣

١ ولقد عرف الاستاذ على حيدر الضرورة بانها هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا. (١)

وهذا التعريف هو أجود من التعريفات السابقة لأنسه تعبير عام وشامل لجميع الضرورات المطلوب حفاظها من النفس والدين والعقل والنسل والمال، وقد فضله الشيخ عبد الكريم زيدان على غيره من التعريفات واختاره، لأن تناول الممنوع شرعا - وهو المحرم - عند الضرورة قد يقصد منه دفع الاعتداء على الاعراض أو الاموال كما سنبينه - فليس المقصود منه دفع الهلاك عن النفس فقد (٢).
الحاجة العامة البالغة مبلغ الضرورة:

وأما اطلاق الضرورة على الوجه الواسع الشامل للضروريات والحاجيات العامة فهو أمر لا ينكره أحد على ضوء القاعدة التي تقرر بأن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة (٣) لأنها قاعدة مقبولة لدى جميع المذاهب الفقهية فالأحناف يقصدون بقاعدة الضرورة الخاصة والمصلحة الحاجية اذا كانت عامة للخلق وكان في عدم الأخذ بها حرج ومنفعة شديدة خارجة عن الحد المعتاد في التكاليف

(١) شرح مجلة الاحكام العدلية لعلى حيدر ٢٤/١

(٢) حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية، ص ٩

(٣) الاشباه والنظائر للسيوطي، ص ٨٨ ، والمجلة م ٢٢

الشرعية^(١) وقرر الفزالي - الفقيه الشافعي - أن الحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق الشخص الواحد^(٢) وأن المصالح الحاجة الجارية مجرى المصالح الضرورية يقبل الحكم بمجردها في حين أن الشاطبي - المالكي - نص على أن المصالح الحاجة توضع مع الضرورية في رتبة واحدة ولا يشترط في كل منهما الأصل المعين مادامت شروط العمل بالمصلحة متوافرة عنده^(٣).

استخدام كلمة الضرورة في موضع الحاجة :

ومما يؤكد هذا الأمر أن الفقهاء كثيراً ما يستخدمون كلمة الضرورة في موضع الحاجة فيقول ابن رشد مثلاً : " اتفقوا على أن الضرر ينقسم إلى المؤثر وغير المؤثر وهو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين^(٤) " ويقول الباجي في المنتقى : " وإنما يجوز العمل في العمل المجهول والضرر للضرورة الداعية إلى ذلك^(٥) " ويقول الآملي : " والقصد من الضراب وإن كان هو

(١) نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي للدكتور حسين حامد حسان،

ص ٥٩٤ ص ٥٩٤

(٢) شفاء الغليل، ص ٢١٥

(٣) نظرية المصلحة، ص ٣٢

(٤) مداية المجتهد، ١٥٧/٢

(٥) المنتقى، ١١٠/٥، ١١٢

الماء الا أنه جوز للضرورة^(١)، ويقرر ابن العربي أن " ما يسقط بالضرورة لا يعتمد سقوطه الى مالا ضرورة^(٢) فيه .

استخدام كلمة الحاجة في موضع الضرورة :

هذه كانت بعض الأمثلة التي استعمل فيها الفقهاء كلمة الضرورة في موضع الحاجة وتوضيح المقام يقتضى هنا ايراد بعض الأمثلة الأخرى التي استخدم فيها الفقهاء كلمة الحاجة في موضع الضرورة فهيها هو النووي يقول: " الأصل أن بيع الفرر باطل للحدث والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، أما ما تدعوا اليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه ... فيصح بيعه بالاجماع^(٣) " ويقول الكاساني عن خيار الشرط: " هذا الخيار الأصل فيه المنع لما فيه من الفرر ولأنه مخالف لمقتضى العقد، وانما جاز بالنص للحاجة الى رفع الغبن بالتأمل والنظر^(٤) ويقول ابن تيمية: " ومفسدة الفرر أقل من الربا فلذلك رخص فيما تدعوا اليه الحاجة منه^(٥) " ويقول المرتضى: " الجمالة جائزة

-
- (١) مفتاح الكرامة، ١٤٤/٤
 - (٢) أحكام القرآن، ٣ / ١٠٨٥
 - (٣) المجموع، ٢٥٨/٢
 - (٤) بدائع الصنائع، ١٧٤/٥
 - (٥) القواعد النورانية الفقهية، ١١٨

لمس الحاجة الى رد الضال ونحوه كالأجارة^(١).

هذه الأمثلة تكفى لإيضاح أن الفقهاء يستعملون كلمة الضرورة في موضع الحاجة ولقد فسر بعض الفقهاء أحدهما بالآخر فمنهم من فسر الضرورة بمجرد الحاجة والمشقة^(٢)، ومنهم من فسر الحاجة بالضرورة فمثلاً يقول الشيخ الدردير في شرحه لمختصر الخليل : " واغتنر غرر يسير للحاجة أى للضرورة^(٣)، ولقد صرح السيوطي هذا الأمر في معرض حديثه عن جواز الاجارة : " القياس يقتضى منع الاجارة لأنها عقد يرد على منافع معدومة، وإنما شرعت لعموم الحاجة اليها والحاجة اذا عمت كانت كالضرورة^(٤) ".

فالضرورة على هذا تعنى المصلحة الضرورية ولكن المصلحة الحاجة العامة تبلغ مبلغ الضرورة وأحياناً يستعمل الفقهاء الضرورة بمعنى الحاجة العامة كما رأينا انفاً وهذا الإطلاق يتفق مع الاستعمال اللغوي للكلمة كما أسلفنا ويؤيده صنيع الفقهاء في استخدام كلمتي الحاجة والضرورة كمترادفين كما يؤكده القاعدة الفقهية القائلة بأن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة،

(١) البحر الزخار، ٤ / ٦٢

(٢) الغرر وأثره في العقود في الفقه الاسلامي للدكتور صديق محمد أمين، ٦٠٠

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير، ٣ / ٢٤

(٤) الأشباه والنظائر، ٧٩

والخلاصة أن الضرورة في الشرع لها اعتبارات أو اطلاقات
ثلاثة : المصلحة (الضرورة، ٢) الحالة الملجئة، (٣) والقاعدة
الاستثنائية وهي باطلاقها الأخير تشمل الحاجة العامة البالغة
مبلغ الضرورة. ونحن سنخصص بابا مستقلا لكل من هذه الاعتبارات
أو الاطلاقات للضرورة في هذا البحث .

مقارنة : الضرورة في اللغة الانجليزية تعنى الحاجة الملحة يفتقر
اليها الانسان في مختلف شئون حياته فردا وجماعة للحفاظ على
النفس أو المال وتسمى هذه الحالة بالضرورة الطبيعية أو الاضرار
الطبيعي في القانون^(١).

أما في الاصطلاح فالضرورة كما جاء في موجز المصطلحات
القانونية عبارة عن حالة الضغط أو الاكراه أو الاضرار التي
تؤثر على ارادة الانسان بحيث تلجئه الى ارتكاب الجريمة أو
المحظور قانونا^(٢).

ويعرف الدكتور علي راشد حالة الضرورة بأنها : هي
الحالة التي يضطر فيها الانسان الى ارتكاب جريمة يقال لها جريمة
الضرورة درأ لخطر أو ضرر جسيم يوشك أن يقع ، كل ذلك دون أن يفقد
قدرته على الاختيار فقد ا تاما مثل حالة من يتهدد دخطر

(١) قاموس أكسفورد الانجليزية، ١٧٦ ، ١٧٧

(٢) موجز المصطلحات القانونية ص

الهلاك جوعاً فيسرق ماله يقتات به (١) ويتضح هذا التعريف بالمثل اللاتينى القائل بأن الضرورة تبيح ما يكون مظلوماً فى الأحوال العادية ويقال أيضاً الضرورة لا قانون لها .

يبدو من هذا التعريف بأن الضرورة هى قاصرة على حالة استثنائية اضطرارية يباح له فى هذه الحالة ارتكاب المظهورات لأن الانسان لا يجد فيها سبيلاً غير أن يقتصر المظهورات ليحافظ على حياته أو ماله .

واعتبرت الضرورة مصدر التشريع للقانون حتى أنها تمنح ولى الأمر أو الدولة سلطة القيام بأعمال يحرمها القانون فى الأحوال العادية فمنظريّة الضرورة فى القانون تتضمن جواز دفع الضرر عن نفس الانسان أو ماله بالحاق ضرر لآخر . ولكن الشخص اذا اضطر لدر خطر جسيم بالحاق ضرر بشخص آخر لا يجوز له أن يتجاوز الضرر الذى تحاشاه كما سيأتى تفصيل ذلك فى البحث عن شروط الضرورة واحكامها .

وأحياناً يجد الشخص أن حقه بانقاذ نفسه أو ماله أو غيره يصطدم بوجوب حقوق الآخرين ومثال ذلك حالة من يضطر الى اقتحام ملك غيره لاطفاء حريق شب فى بيته أو فى بيت شخص ثالث يخشى

(١) مؤجر القانون الجنائى للدكتور على راشد ، ص ٢٥٦

أن يسبب خسائر جسيمة في الارواح أو في الأموال أو حالة الشخص المشرف على الفرق دون خطأ منه اذا كان يستطيع النجاة بتضحية مال غيره أو حالة سائق السيارة الذى يفاجأ بشخص يلقى بنفسه امام سيارته فيضطر فى سبيل تفاويه الى الصعود الى الرصيف واتلاف واجهة بعض المحلات التجارية أو معروضاتها .

ففى هذه الحالات ومثلها يجوز له أن يدفع الضرر ولو كان هناك مساسا بحقوق الآخرين لأنه وجد فى هذا المركز بسبب خارج عن ارادته .

وهما تجدر الملاحظة الى أن الضرورة فى القانون تقتصر على ضرورة حفظ النفس والمال وهى كما رأينا حالة محددة استثنائية يقع فيها خطر جسيم ويهدد فيها نفس الانسان وماله ، وفى هذه الحالة يسمح للفرد أن يضر بالغير أو أن يرتكب فعلا غير مشروع فى نظر القانون . وذلك الفعل غير المشروع يعد جريمة عند المشرع الوضعى .

بينما الشريعة تنص على المحافظة على الضرورات الخمس وهى الدين والنفس والمال والعقل والنسل فمفهوم الضرورة الشرعية هو أجمع وأوسع من مفهومها فى القوانين الوضعية .

وبالتالى أن الشريعة الاسلامية تقر بأن الضرورة لها اعتبارات

ثلاثة وهي مصلحة أساسية وحالة ملجئة وقاعدة استثنائية، فيتضح أن الضرورة في الفقه الاسلامي ليست هي حالة ملجئة فقط بل مبدئيا هي مصلحة أساسية، ومن حيث كونها مصلحة أساسية لا بد من اعتبارها وترجيحها على المصالح الأخرى حاجية كانت أو تحسينية، وإن كانت اعتبار مصلحة حاجية أو تحسينية يهدد مصلحة ضرورية يجب الأخذ بالمصلحة الضرورية وهذا مفهوم نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي ولا نجد مثل ذلك التفصيل في القانون الوضعي .

ثانيا : مرادفات الضرورة

هناك مصطلحات عديدة قد ترادف بالضرورة لأنها تتضمن في معانيها بعض جوانب الضرورة ، وفيما يلي نلقى بعض الضوء على معاني هذه المصطلحات ومدى صلة كل منها بالضرورة والفرق بينها وبين الضرورة .

(١) المصلحة والضرورة : تطلق كلمة المصلحة باطلاقين :

أحدهما المصلحة كالمنفعة لفظا ومعنى ، فهي على هذا الإطلاق اما مصدر بمعنى الصلاح كالمنفعة بمعنى النفع واما اسم للواحدة من الصالح (١) .

ثانيهما : تطلق المصلحة على الفعل الذي فيه الصلاح (٢) بمعنى النفع مجازا مرسل من باب اطلاق اسم السبب على السبب ، وهي بهذا المعنى ضد المفسدة .

أما في الشرع فالمنفعة هي عبارة عن اللذة تحصيلها وابقاؤها ولقد عرف البعض المصلحة بأنها المنفعة ضد المضررة . وعرفها الفزالي بأنها عبارة عن جلب المنفعة أو دفع المضررة في الأصل ولكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع في الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ،

(١) لسان العرب ٢/٣٤٨ ، القاموس المحيط ، ١/٢٧٧ ، أساس البلاغة ، ٢/٣٣ ، مختار الصحاح ، ص ٧٥

(٢) اقرب الموارد ، ١/٦٥٦

وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو المصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو المفسدة «دفعه مصلحة» (١)

والمصالح منقسمة الى ثلاثة أقسام : ضرورية وحاجية وتحسينية والضرورية هي أولى وأكدها، تجب مراعاتها وعلى حاب الحاجة أو التحسينية.

ومن هنا يتضح أن المصلحة أعم من الضرورة لأنها تشمل مراتب الضروريات والحاجيات والتحسينيات، ولكن الضرورة قاصرة على المرتبة الأولى لأنها ماتصل فيها درجة الاحتياج الى أشد المراتب وأشق الحالات، فيصبح الانسان في خطر يحدق بنفسه أو ماله ونحوها، ويلبيها الحاجة العامة بالمعنى الواسع لأنها تنزل منزلة الضرورة.

(٢) الحاجة والضرورة : الضرورة والحاجة مرادفتان لفظة لأن الضرورة تعنى لفظة الحاجة وهي حالة الافتقار أو الاجاء الى شئ ولهذا يستعمل الفقهاء - كما اسلفنا - كلمة الضرورة مكان الحاجة وبالعكس، وكما رأينا أن الضرورة بالمعنى الاعم تشمل الحاجة العامة لما تقرر في القواعد أن الحاجة اذا عمت كانت كالضرورة .

هذا، ولكن هناك فرقا دقيقا بين الحاجة والضرورة بالمعنى الضيق، ذلك أن الضرورة هي - كما قال السيوطي - أن يبلغ المرء

(١) المستصفى، ١ / ٢٨٦

حدا ان لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك ، غير أنه ليس المراد بمقاربة الهلاك^(١) الاشراف على الموت وانما يكفى وصول المرء حالة الضرورة أن يخاف على نفسه الهلاك ولو ظننا^(٢) أما الحاجة فهي كما يقول السيوطي أن يصل المرء الى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون فى جهد ومشقة ولكنه لا يهلك^(٣).

فالضرورة على هذا ، هي الحالة تكون أشد باعثا من الحاجة^(٤) لأن الضرورة مبنية على فعل ما لا بد منه للتخلص من المسؤولية ولا يسع الانسان تركه على حين أن الحاجة مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع الانسان تركه.

(٣) الاضطرار والضرورة : الضرورة كما أسلفنا اسم من الاضطرار وهو - كما يقول الراغب الاصفهاني - حمل الانسان على أمر يكرهه وذلك على ضربين : أحدهما - اضطرار بسبب خارج كمن يضرب أو يهدد حتى يفعل منكارا ويؤخذ قهرا ، كما قال تعالى (ثم اضطره الى عذاب النار)^(٥) وقال تعالى : (ثم نضطرهم الى عذاب غليظ)^(٦) والثانى - اضطرار بسبب داخل وذلك اما بقهر قوة له لا يناله بدفعها هلاك كمن غلب عليه شهوة

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٨٥

(٢) للمواهب السنية بعاش الاشباه والنظائر ، ص ١٥٤

(٣) الاشباه والنظائر ، ص ٨٥

(٤) المدخل الفقهى العام للزرقاء ، ٣٥٢

(٥)

(٦)

خمر أو قمار، وأما بقهر قوة يناله بدفعها الهلاك كمن اشتد به
 الجوع فاضطر الى أكل ميتة وفي هذا قوله تعالى : (فمن اضطر
 غير باغ ولا عاد)^(١) وقوله تعالى : (أمن يجيب المضطر اذا دعاه)^(٢)
 فالاضطرار هو دفع الانسان الى ما يضره وحمله عليه أو
 الجاء اليه . وهو - كما يقول د. محمد سلام المذكور - أقوى
 أنواع الحاجة وأبرزها^(٣) لأن الاضطرار هو أن يخاف على نفسه
 الهلاك علما أو ظنا ولا يشترط أن يصير الى حال يشرف معها على
 الموت^(٤).

وعلى هذا، فالاضطرار هو الضرورة بالمعنى الضيق لها،
 وأما الضرورة في حيث كونها قاعدة فقهية كما أسلفنا تشمل الحاجة
 العامة النازلة منزلة الضرورة والموجبة للتخفيف والتيسير
 والترخيص في الأحكام الشرعية.

(٤) الأكراه والضرورة : الأكراه لغة من الكره وهو حمل
 الانسان على ما لا يرضى به^(٥)، أما في الاصطلاح فيعرفه بعض
 الفقهاء بأنه فعل يفعله الانسان بغيره فيزيل رضاه أو يفسد

(١) البقرة ١٧٣

(٢)

(٣) نظرية الاباحة، ص ٣٤٢

(٤) الزرقاني على الموطأ

(٥) القاموس المحيط، ٢/، والمنجد، ص

اختياره أو بأنه فعل يوجد من المكروه يحدث في المحل - أي
المكروه - معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه (١)
أو بأنه عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكروه على
أمر بحيث ينتفى به الرضاء (٢).

والاكراه نوعان : احدهما نوع يعدم ويفسد الاختيار
وهو ما خيف فيه تلف النفس ويسمى اكراها تاما أو ملجئا .
والثاني ما يعدم الرضاء ولا يفسد الاختيار وهو ما لا يخاف فيه
التلف عادة كالحبس والقيود لمدة قصيرة والضرب الذي لا يخشى
منه التلف ويسمى اكراها ناقصا أو غير ملجئ (٣).

أما الصلة بين الاكراه والضرورة فيقول فيها الاستاذ
عبد القادر عودة : " ويلحق بالاكراه حالة الضرورة من حيث
الحكم ولكنها تختلف عن الاكراه في سبب الفعل ففي الاكراه
يدفع المكروه الى اتيان الفعل شخص آخر أما في حالة الضرورة
فلا يدفع الفاعل الى اتيان الفعل أحد ، وإنما يوجد الفاعل
في ظروف يقتضيه الخروج منها أن يرتكب الفعل المحرم لينجى
نفسه أو غيره من الهلكة (٤).

(١) البحر الرائق ، ٨ / ١٧٩

(٢) مواهب الجليل ، ٤ / ٤٥

(٣) التثريب الجنائي الاسلامي ، ١ / ٥٦٣

(٤) المصدر السابق ، ١ / ٥٧٦

ولقد قال البزدوى تمييزا بين الاكراه وحالة الضرورة بمعناها الضيق : " أن حالة الضرورة أشد على النفس من حال الاكراه فهى التى تبيح الفعل مطلقا، أما الاكراه فقد يبيح الفعل مطلقا وقد لا يبيحه فاذا ثبتت الاباحة فى حال الاكراه عرف أن الاكراه قد تحقق (١).

(٤) المشقة والضرورة : لقد رأينا فيما سبق أن الضرورة ترادف المشقة فى اللغة، والمشقة معناها التعب والكلفة، قال تعالى (لم تكونوا بالفية الا بشق الانفس) (٢) والشق اسم من المشقة وهى أربعة أوجه (٣) :

الوجه الاول : مشقة ما لا يطاق وهى ما نعمة من التكليف كالمقعد اذا تكلف القيام والانسان اذا تكلف الطيران فى الهواء وما أشبه ذلك .

الوجه الثانى : المشقة الخارجة عن المعتاد وهى مانعة من التكليف أيضا . وهى على ضربين : أحدهما أن تكون المشقة مختصة بأعيان الافعال المكلف بها بحيث لو وقعت مرة واحدة لوجدت فيما وهى موضع الرخص الشرعية، والثانى أن لا تكون مختصة بأعيان الافعال ولكن اذا نظر الى كليات الاعمال والدوام عليها صارت شاقة ولحقت المشقة العامل بها كالدوام على النوافل،

(١) كشف الأسرار، ١٥٠٦/٤

(٢) النحل : ١٦

(٣) انظر الموافقات ١١٩/٢ وما بعدها .

وهذا هو الموضع الذى بشرع له الفرق والأخذ من العمل
بمالات يصل مللا.

الوجه الثالث: المشقة الزائدة على المعتاد وهى مانعة
من التكليف لكنها ليست مقصودة من التكليف .

الوجه الرابع: المشقة بمعنى المخالفة للهوى وهى مقصودة
من التكليف فان التكليف هو اخراج المكلف عن هوى نفسه ومخالفة
الهوى شاقة على صاحب الهوى مطلقا (١).

هذا ولكن هناك فرقا دقيقا بين المشقة والضرورة
بمعناها الضيق فالمشقة ليست كلها مما تشتد الحاجة اليها بأن
تكون هناك ضرورة يخشى معها الانسان على نفسه أو أعضائه
أو ماله وانما قد تستدعى المشقة التيسير والتخفيف اذا
كانت درجة الاحتياج مؤثرة فى تحقيق المصلحة المقصودة من
العبادات أو المعاملات، فمن يصل به الحرج والعسر الى درجة
تخل بالمعنى المقصود من التكليف فيباح الأخذ بمقتضيات اليسر
والسهولة التى أقرها الشرع مبدأ عاما فى الاسلام .

(١) الموافقات للشاطبى ٢٠/

(٢) نظرية الفردرة الشرعية ٢٨٦

مقارنة :

ان المصطلحات الشرعية كصلحة وحاجة ومشقة لها صبغة دينية
في الفقه الاسلامي ، لا يعباؤها القانون الوضعي وليس في نظره
الفرق الدقيق بين الضرورة ومراد فاتها أو ملابساتها ، كما اوضحناه
سابقا بالنسبة الى الوجهة الشرعية لها .

فالقانون الوضعي يعترف بأن الضرورة هي حاجة ملحة و قد
يبراد بهما الظروف الاستثنائية المتعارفين اجتنابها في حالة الضرورة
بمباح ارتكاب الجريمة وهو فعل مضار للقانون .

أما الاكراه فان القانونيين يقسمونه الى قسمين : الاكراه المادي
والاكراه المعنوي ، فالاكراه المادي هو القوة الغالبة التي يباشرها
شخص عمدا ضد آخر فيلبه ارادته ماديا وبغلة مطلقة ، فيما يأتيه
من الاعمال ايجابية أو السلبية مثل أن يسك شخص بيد آخر و يرغمه
بالقوة على توقيع أو ختم ايصال مزور أو أن يختصب شخص امرأة متزوجة ،
ثم يرغمها على ارتكاب الجريمة اي جريمة الزنا .

و أما الاكراه المعنوي ، فهو العامل الذي مع ابتئائه على
الارادة من الوجهة المادية ، فانه يشل حركتها و يذهب بقيمتها
مثاله حاله من يرتكب تزويرا تحت تأثير التهديد بقتله لطلاقه
من سدد م صوب و نحوه ، أو المرأة المتزوجة التي ترتكب الزنا تحت تأثير
التهديد بقتلها أو قتل طفلها .

و أما حالة الضرورة فهي الحالة التي يفتأر فيها الانسان الى ارتكاب جريمة يقال لها جريمة الضرورة دراء لخطر أو ضرر جسيم يوشك أن يقع ، كل ذلك دون ان يفقد قدرته على الاختيار فقد تاما مثل حالة من يتهدد به خطر الهلاك جوعا فيسرق ما يقتات به . ويميز فقهاء اللامسون الجنائي حالة الضرورة عن الاكراه المعنوى

فى ناحيتين :

الأولى (أن مصدر الخطر أو الضرر الجسيم فى حالة الاكراه المعنوى هو شخص آخر قصد تهديد المكروه بهذا الخطر أو الضرر ، بينما مصدر الخطر فى حال الضرورة ظروف مختلفة تعزى الى الصدفة .

الثانية (أن الاكراه المعنوى يفقد المكروه اختياره فقد تاما ، بينما يبقى للشخص فى حالة الضرورة مساحة للاختيار ، و ان ضاق نطاقها (١) .

(١) مرجع بالان انبائى للدكتور على راشد من ٣٩٦

الباب الأول

الضرورة كحجة شرعية

وفيه فصلان :

الفصل الأول : الكيف الشرعى للضرورة

الفصل الثانى : الضرورة كمبدأ تشريعى

الفصل الاول

التكيف الشرعى للضرورة

وفيه مبحثان :

(١) ادلة مشروعية الضرورة

(٢) مبادئ عامة لنظرية الضرورة

النصوص القرآنية : عرفنا مما سبق أن الضرورة تستعمل في الشريعة بمعنيين : الواسع والضيق . فوردت آيات كثيرة في القرآن الكريم التي تدل على مشروعية الضرورة بمعناها الواسع فهي الآيات التي تتضمن رفع الحرج ودفع المشقة ومراعاة اليسر والسهولة وسنذكرها فيما بعد في بيان حكمة مشروعية الضرورة .

آيات الاضطرار : أما الآيات التي تبين حالة الضرورة بمعناها الضيق فمنها آيات الاضطرار فقال جل جلاله : (انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم) (١) .

(٢) (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام ذلكم فسق ، اليوم يثر الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون اليوم اكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم) (٢) .

(٣) (وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) (٣) .

(١) بقرة ، ١٧٣

(٢) مائدة ، ٣

(٣) انعام ، ١١٩

(٤) قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن تكون ميتة أو رما سفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم (١).

(٥) انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم (٢).

هذه الآيات تدل على اباحة أكل المحرمات في حالة الاضطرار، والاضطرار هو الاحتياج الى الشيء والضرورة اسم لمصدر الاضطرار فذكر سبحانه وتعالى المحرمات ثم أباح تناول ذلك عند الضرورة والاحتياج اليها عند فقد غيرها من الاطعمة (٣)

ب- آيَةُ الْاِكْرَاهِ : ومنها اية الاكراه على النطق بالكفر فقال جلّت قدرته : (من كفر بالله من بعد إيمانه الا من أكره وقلبه مغلغل بالايمن ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم، ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة وأن الله لا يهدي القوم الكافرين) (٤)

فهاتان الآيتان الكريمتان بينتا حكم الكفر بالله بعد الايمان من أنه أمر في غاية القبح يستحق فاعله غضب الله وله في الآخرة عذاب عظيم لا يعلم مقداره الا الله ولكن مستثنى من

(١) انعام ، ١٤٥

(٢) النحل ، ١١٥

(٣) مختصر تفسير ابن كثير للسابوني، ج ١١، ص ١٥١

(٤) نحل ، ١٠٦ ، ١٠٧

ذلك المكروه وهو الذى يجبر على الكفر بالتهديد بالقتل فقد رخص له النطق بكلمة الكفر مادام قلبه مطمئنا بالايان وهذه الرخصة فى محل الضرورة (١).

(ج) آيات سورة الحوت : ومنها آيات صلواة الخوف فيقول جل شأنه : (حافظوا على الصلوات والصلواة الوسطى وقوموا لله قانتين فان خفتم فرجالا أو ركبانا فاذا أمنتم فاذكروا الله كما علمكم ما لم تكونوا تعلمون) (٢) فيأمر الله تعالى فى هاتين الآيتين بالمحافظة على الصلوات فى أوقاتها والخشوع فيها كما شرعها ثم يرخص فى حالة الخوف وهى الحالة التى يغفل فيها عن أدائها على الوجه الاكمل . أن يصلى الناس رجالا أو ركبانا حيثما توجهوا بالركوع والسجود أى بالاياء كيفما تيسر لهم اذا صلوا فرادى (٣).

ولأهمية الصلواة وأنها لا تنقطع بحال مادام التكليف بها قائم شرع الله لها هيئة خاصة حالة الخوف فى الحرب اذا صليبت فى جماعة فيقول سبحانه فى سورة النساء : (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلواة فالتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم فاذا سجدوا فالىكونوا من وراءكم ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم ورا الذين كفروا لو

(١) تفسير القرطبي ١٠ / ١٨١

(٢) بقرة ، ٢٣٨ ، ٢٣٩

(٣) تفسير ابن كثير ، ١ / ٢٩٥

تفعلون عن اسلحتكم وأمتعتكم فيميلون عليكم ميلاً واحدة ولا جناح عليكم ان كان بكم أذى من مطر أو كنتم مرضى أن تضعوا اسلحتكم وخذوا حذرکم ان الله أعد للكافرين عذاباً مهيناً^(١). فقد بينت هذه الآية الكيفية التي تؤدي بها الصلوة في جماعة حالة الحرب ولا شك أنها حالة استثنائية شرعت للضرورة^(٢).

د - آية التيمم : ومنها آية التيمم فيقول عظم شأنه :
يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين وان كنتم جنباً فاطهروا وان كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم ولعلكم تشكرون^(٣).
فيباح - في هذه الآية الكريمة - التيمم لضرورة عدم الماء أو لضرورة عدم القدرة على الماء قياساً على ضرورة عدمه^(٤).

وكذلك تضافرت النصوص النبوية الشريفة في يسر الشريعة الإسلامية وسماحتها ورفع الحرج ودفع المشقة عن الناس وقاعدة الترخيص والتخفيف في الأحكام الشرعية سنين بعضها في الكلام عن حكمة مشروعية الضرورة.

-
- | | |
|-----|------------------------|
| (١) | النساء، ١٠٢ |
| (٢) | تفسير القرطبي، ٣ / ٢٣٣ |
| (٣) | النساء، ص ٢٨ |
| (٤) | غرائب القرآن، ٦ / ٤٢ |

أ- النص من إسنه ، أما الأحاديث الواردة في حالة الضرورة
بمعناها الضيق فمنها الأحاديث الواردة في إباحة المحرم عند
المخصة فروى عن أبي واقد الليثي مثلاً قال يا رسول الله صلى الله عليه
وسلم انا بأرض تصيبنا مخصة فما يحل لنا من الميتة فقال اذا ولم
تحتفوا بها بقلأ فشانكم بها (١) .

وروى عن جابر بن سمرة رضى الله عنه أن أهل بيت كانوا بالحره
محتاجين فماتت عندهم ناقة لهم أو لسفيرهم فرخص لهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم فى أكلها (٢) .

وروى عن ابن بشر جعفر بن اياس ، قال سمعت عباد
بن شرجيل رجلاً من بنى عنبر قال : أصابنا عام مخصة فأتييت المدينة
فأتييت حائطاً - بستاناً من نخيل وغيره - لذا كان عليه جدار
من حيطانها فأخذت سنبلاً ففركته وأكلته وجعلته فى كسائى فجاء
صاحب الحائط فضربنى وأخذ ثوبى فأتييت رسول الله صلى الله عليه
وسلم فأخبرته فقال للرجل ما اطعمته اذا كان جائعاً أو سافراً
ولا علمته اذا كان جاهلاً ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم فرد
اليه ثوبه وأمره بسوق من طعام أو نصف سوق (٣) .

فالحديث الأول والثانى يبيحان أكل الميتة فى حالة
المخصة وهى حالة الضرورة أما الحديث الثالث فهو فى إباحة مال
الغير عند ضرورة المخصة .

(١) مسند الامام أحمد

(٢) مسند أحمد وسنن أبى داود

(٣) نيل الاوطار ، ٨ / ١٤٤

ب- احاديث دفع الصائل : ومنها أحاديث فى جواز دفع الصائل .
 وهو الدفاع الشرعى عن النفس أو المال أو العرض - فروى مثلاً عن
 أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
 من قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون أهله فهو شهيد (١) .
 وروى أيضاً عن أبى هريرة أنه جاء رجل الى النبى صلى الله
 عليه وسلم فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أرايت ان جاء رجل
 يريد أخذ مالى فقال فلا تطعه ، قال فان قاتلتنى قال ،
 فاقتله . قال أرايت ان قتلنى قال ، فأنت شهيد ، قال أرايت ان
 جاء رجل يريد أخذ مالى فقال فلا تطعه ، قال فان قاتلتنى
 قال ، فاقتله . قال أرايت ان قتلنى قال ، فأنت شهيد ، قال
 أرايت ان قتلته قال فهو فى النار (٢) . قال العلماء فى شرح
 هذا الحديث فان قتله فلا ضمان عليه لعدم التعدى منه
 والحديث عام لتقليل المال وكثيره ،

وروى كذلك عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه
 وسلم قال : من اطلع فى بيت قوم بغير اذنهم فقد حل لهم أن
 يفتقروا عينه (٣) .

وفى رواية من اطلع فى بيت قوم بغير اذنهم ففتقروا عينه
 فلا دية ولا قصاص (٤) .

- | | |
|-----|---|
| (١) | سبل السلام ، ٤ / ٤٠ ، رواه اصحاب السنن وكذا الشيخان . |
| (٢) | صحيح مسلم |
| (٣) | مسند أحمد |
| (٤) | سنن نسائى |

ج - احاديث مستخرطة من: ومنها أحاديث في سقوط الحد للضرورة ،
 فروى عن زيد بن ثابت رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال :
 لا تقام الحدود في دار الفزوة مخافة أن يلحق أهلها بالعذو^(١) ،
 فنهى النبي عليه السلام أن تقطع الأيدي في الفزوة لئلا يكون ذريعة
 الى لحاق الحدود بالكفار ولهذا لا تقام الحدود في الفزوة للضرورة
 لأن للضرورة أثر في سقوط الخطاب .

وروى كذلك عن جنادة بن أمية قال كنا مع بسر بن أرطاط .
 في البحر فأتى سارق يقال له بعمر قد سرق فقال جنادة لقد
 سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : (لا تقطع الأيدي في السفر)
 ولولا ذلك لقطعت^(٢) ، فقد استثنى حالة السفر فمنع إقامة الحد
 فيها وإنما يؤخر والتأخير استثناء أيضا من وجوب المباشرة لإقامة
 الحدود بعد بثوتها مع أن القرآن أوجب قطع يد السارق بنص
 عام (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)^(٣) ولكن الرسول صلى الله
 عليه وسلم نهى عن قطع الأيدي في السفر للضرورة .

ففي هذه الأحاديث ونحوها دلالة واضحة على أن الضرورة
 هي حالة معتبرة في الشرع وهي لا تقتصر على ضرورة المصنعة فقط وإنما
 هي تشمل كل الحالات التي يجد فيها الإنسان في معرض الخطر أو الضيق
 لنفسه أو دينه أو عرضه أو عقله أو ماله .

(١) الجامع الصغير، ٢/٣٩٥

(٢) الجامع الصغير، ٢/٣٩٥

(٣) المائدة، آية ٣٨

النصوص القانونية :أولاً : الضرورة في القانون الجنائي :

أما القوانين الوضعية فهي تنص على حالة الضرورة في موادها المختلفة فقد نصت قانون العقوبات المصري على حالة الضرورة في المادة ٨١ ، ويدخل في ضمنها الاكراه المعنوي . أما قانون العقوبات السوري فقد نصت على الاكراه بشكلية المادي والمعنوي في المادة ٣٣٩ ، ونصت على حالة الضرورة على حده في المادتين (٢٢٨) و (٢٢٩) .

أما قانون العقوبات الباكستاني فقد نصت على حالة الضرورة في المادتين (٨١) و (٩٤) وهما كما يأتي :-

٨١٤ : لا يعتبر الحاق الضرر بالغير جريمة وان كان لحماية النفس أو المال أو لدفع الضرر المتوقع عنهما بشرط أن يكون هذا الاضرار بدون القصد الجنائي وبحسن النية وأن يكون الضرر المطلوب دفعه وشيك أو قريب الحدوث (١) .

م ٩٤ : لا يعتبر الفعل من قبل الشخص المهدد جريمة ما عدا القتل والجرائم ضد الدولة ، المعاقب عليها بعقوبة الاعدام ، وعلم

(١) قانون العقوبات الباكستاني : مادة ٨١

ذلك الشخص وقت الجريمة بأن لم يرتكبها يقتل في النهاية بشرط أنه لا يختار بنفسه تلك الحالة ويرضى بها وبشرط كذلك لا يقع في تلك الحالة بناءً على خوف حدوث الضرر الأدنى من الموت التي أدت إلى ذلك الضغط أو التهديد .

ولتوضيح ذلك تنص المادة على المثالين التاليين :

(١) ان كان الشخص يشترك برضائه أو من تهديد الضرب له، جماعة من قطاع الطريق عالما بشأنهم لا يستحق الأخذ بالحكم الاستثنائي المقرر في هذه المادة مستدلاً على أن قد اضطره شركاءه إلى ارتكاب فعل يعد جريمة في القانون .

(٢) وان كان الشخص قد أخذته طائفة من قطاع الطريق واضطروه بتهديد القتل حالاً إلى ارتكاب شيء التي تعد جريمة في القانون مثل العامل الذي اضطر إلى أخذ آلاته وفتح باب الدار ليدخله وليقطع فيه أولئك القطاع ليستحق له الأخذ بهذا الاستثناء (١)

فتضمنت المادة الأولى على جواز الحاق الضرر بالغير لدفع الضرر المتوقع منه حالاً على نفسه وماله ولاشك في أن الحاق الضرر جريمة في نظر القانون ولكنه يجوز له ارتكابه في حالة الاضطرار أو الضرورة .

(١) المرجع السابق : مادة ٩٤ - ٨

ثانيا : الضرورة فى القانون المدنى :

أما القانون المدنى المصرى فتنبص على حالة الضرورة فى المادة (١٦٨) وهى : من سبب ضررا للغير ليفادى ضررا أكبر محدقابه أو بغيره لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا وتطابقها المادة (١٦٩) سورى والمادة (١٨١) لىبى، والمادة ٢١٣ عراقى .

وفى القانون المدنى العراقى : (١)

أ - يختار أهون الشرين ، فاذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمها ضررا ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الأخف ولكن الاضطراب لا يبطل حق الغير ابطلا كليا .

ب - فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق يزيد كثيرا على الضرر الذى سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذى تراه المحكمة مناسبا .

وقد طبق المشرع العراقى ذلك فى المادة (٢١٤) من أعمال الضرورة التى تقتضيها مصلحة عامة حيث نص على (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) .

(١) القانون المدنى لعراقى (المادة ٢١٣) .

فاذا هدم أحد جدارا بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق ، فاذا كان الهادم هدمها بأمر أولى الامر لم يلزمه الضمان ، وان كان هدمها من نفسه الزم بتعويض مناسب .

فاذا قامت فرقة المطافى بهدم الدار التي توشك أن تنقل الحريق الى غيرها من الدور فلاستؤولية عليها لانها تعمل بأمر أولى الامر ، اما اذا قام أحد الجيران من تلقاء نفسه بهدم تلك الدار فيلزم بالتعويض الذي يراه القاضى .

وفى رأى الاستاذ فاضل شاكر النعیمی : يظهر من هذه المواد فى القانون المدنى العراقى أنه اقرب القوانين اقتباسا من القواعد الفقهية فى الشريعة الاسلامية (١) .

(١) نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، ص ٩٣

مبادئ عامة لنظرية الضرورة

رعاية المصلحة : الأمر الذى أثبتته الاستقراء المفيد للقلع وأجمع عليه الفقهاء هو " أن الشريعة الإسلامية وضعت لمصالح الخلق باطلاق^(١) " بل الشرائع الالهية كلها قامت لتحقيق مصالح العباد فى العاجل والآجل معا^(٢) . لأنها - كلها - كانت هدى ونور^(٣) ورحمة للعباد الا أن الشريعة الإسلامية هى التى تتميز بالعالمية والخلود لقوله تعالى : " (وما ارسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا)^(٤) وقوله تعالى : (وما ارسلناك الا رحمة للعالمين)^(٥) وقوله تعالى : (ما كان محمد أبأ أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين)^(٦) .

ولما كانت الشريعة الإسلامية عامة لكافة الناس وخالدة ، باقية الى يوم القيامة ، كان من الطبيعى أن تستهدف مصلحة الناس كافة على صر العصور والأزمان ، وهى كذلك كما يقول الشاطبى :

-
- | | |
|-----|---------------------------|
| (١) | الشاطبى : الموافقات ، ٢ / |
| (٢) | المصدر السابق ، ٢ / |
| (٣) | المائدة / ١٥ |
| (٤) | سورة سباء : آية ٢٨ |
| (٥) | سورة الانبياء : آية ١٠٧ |
| (٦) | سورة الاحزاب : آية ٤٠ |

« المقاصد الشرعية المبنية على المصالح نظام لا ينحزم بل وضع بوجه أبدى وكلى وعام فى جميع انواع التكليف وجميع الأحوال (١)

المقصد الاساسى :

وعلى هذا، فرعاية المصلحة هي المقصد الاساسى للتشريع الاسلامى وهى غاية محققة ثابتة فى كل الأحكام الاسلامية سواء أكانت أحكاما عامة كلية ابتدائية أو أحكاما خاصة استثنائية يقول الشاطبى : « انا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد ، والأحكام المعادية تدور معه حيثما دار فتترى الشيء الواحد يمنع فى حال لا تكون غير مصلحة ، فاذا كان فيه مصلحة جاز فالنصوص تشير بل تصرح باعتبار المصالح للعباد ، وأن الأذن دائر معها أينما دارت » (٢)

وبما أن الأحكام الشرعية كلها ، بنوعها الابتدائية والاستثنائية - مبنية على المقصد الاساسى للتشريع الاسلامى الذى هو عبارة عن رعاية المصلحة بمعنى جلب المنفعة ودفع المضرة فنرى أن رعاية المصلحة فى الأحكام الابتدائية هي ايجابية أعنى هي رعاية من جانب الوجود وأما فى الأحكام الاستثنائية فالشرعية تراعى المصلحة من جانب عدمه ، ذلك أن الأحكام الاستثنائية

(١) الموافقات ،

(٢) الموافقات ، ٢ / ٣٠٥ ، ٣٠٦

كلها مبنية على أسباب اقتضت العدول عن الاحكام العامة فى الأحوال التى يؤدى العمل بالاحكام العامة فيها الى ضياع المصلحة الضرورية الشخصية أو المصلحة الحاجية العامة فجاز ترك الاحكام العامة رفعا للضرر وردفعا للمصلحة وبالتالى فتحقيقا ورعاية للمصلحة من جانب عدم .

ومن هنا يتضح أن الشريعة الاسلامية تستهدف رعاية المصلحة فى كل حالة وبكل طريقة ووسيلة وتعتبر هذه الرعاية مقصدا أساسيا لا يمكن الالتفات عنه وأمر ضروريا لا يجوز تركه ،

المصلحة الضرورية وشكلية حالة الضرورة :

والمصلحة كما قلنا سابقا تنقسم الى ثلاثة أقسام الضرورية والحاجية والتحسينية - ورعاية المصلحة الضرورية - هى المطالبة الاولى فى الشريعة - وأمر ضروريا لا يجوز تركه . وعلى هذا وكل حالة تهدد فيها هذه المصلحة الضرورية . فرعاية المصلحة هى الضرورة الاولى فى الشريعة أو الحاجية العامة بأحدى متعلقاتها الخمس تشكل " حالة الضرورة والاضطرار " للناس .

مراعاة الضرورة فى الأحكام :

والشريعة الاسلامية فى حالة الضرورة والاضطرار تضى - كما ثبت بالاستقراء - بالوسائل التى هى عبارة عن الاحكام الابتدائية

العامة، في سبيل تحقيق مقصدها الذي هو عبارة عن رعاية المصلحة كما أسلفنا، فهي تقرر للأحوال الاستثنائية المبنية على الضرورة والحاجة العامة أحكاماً خاصة مستثناة من القواعد العامة وتجيز استنباط الأحكام الجديدة للظروف المتجددة باستخدام طرق الاستحسان والاستصلاح والعرف والذرائع والاستقراء وغيرها من طرق الاجتهاد التي ارشدت إليها الشريعة لتحقيق مقصدها الاساسي - أعنى رعاية المصلحة - في كل عصر وزمان كما تقرر لذلك مبادئ أساسية وقواعد محكمة يهتدى بها المجتهد في تقرير الأحكام الفقهية وتطبيقها - أعنى تحقيق مناطها - بغية سد الضرورات والحاجات العامة، وأهم هذه المبادئ العامة هي كما يأتي :

(١) مبدأ اليسر ورفع الحرج : لقد اشتملت الشريعة الإسلامية - لكونها صادرة من الرحمن الرحيم - على يسر الأحكام وخفة التكاليف وعدم العسر والحرج .

ادلة رفع الحرج :

وهذا المبدأ العظيم تتضافر على تأكيد آياته وأحاديث كثيرة منها قوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)^(١). وقوله تعالى : (وما جعل عليكم في

فى الدين من حرج (١) وقوله تعالى: (ليس على الأعمى حرج ولا
 وعلى الأعرج حرج ولا على المريض (٢) حرج . وقوله تعالى (يريد
 الله أن يخفف عنكم وخلق الانسان ضعيفا) (٣) . وقوله صلى الله
 عليه وسلم : (أحب الدين ^{الى} الله الحنيفية السمحة) (٤) . وقوله صلى
 الله عليه وسلم : (ان هذا الدين سمح ، ولن يشاد الدين أحد
 الاغلبه فيسروا وقاربوا) (٥) فهذه النصوص كلها تقرر مبدأ
 التسامح أو اليسر والسهولة أو رفع الحرج ودفع المشقة
 وقد بنى الفقهاء على هذا المبدأ كثيرا من الأحكام الفقهية
 فكانوا يقدمون ما فيه اليسر على ما فيه الحرج كلما
 عرض لهم ذلك كما (٦) فرعوا عليه قواعد فقهية عديدة (٧)
 أهمها " الحرج مرفوع " و " المشقة تجلب التيسير " .

(١) سورة الحج : ٧٨

(٢) سورة الفتح : ١٧

(٣) سورة النساء ، : ٢٨

(٤) روى الطبرانى فى الاوسط ، الاشباه للسيوطى ص ٨٦ ، الابن
 نجيم ص ٧٥

(٥)

(٦) وسيأتى بيان بعض هذه القواعد فى الباب الثالث ،
 ان شاء الله .

اسباب رفع الحرج :

والحرج (١) مرفوع من المكلفين لوجهين : أحدهما ، الخوف على الانقطاع من الطريق وبغض العبادة وكراهية التكليف ، وينتظم تحت هذا المعنى الخوف من ادخال الفساد عليه فى جسمه أو عقله أو ماله أو حاله . والثانى - خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة الانواع .. فربما كان التوغل فى بعض الاعمال شاغلا عنها وقاطعا بالمكلف دونها (٢).

المقصود من دفع الحرج :

وعلى هذا ، فالمقصود من رفع الحرج هو أخذ الشارع بسياسة الرفق التى تجلب الانسان الى الطاعة بصفة تلقائية وتحبب اليه الشريعة فيطمئن اليها (٣) وأساس ذلك هو رعاية مصالح العباد التى (١) الحرج فى اللغة أضيق الضيق ومعناه أنه فيسق جدا وقال الجوهري الحرج أن ينظر الرجل فلا يستطيع أن يتحرك من مكانه غرقا وغيظا (لسان العرب ٢/٣٣٤) وشرابن عباس الحرج بأنه الموضع الكثير الشجر الذى يصل اليه المراعية فالحرج يتضمن حالة الضرورة ولذا يستعمل بمعنى الضرورة وهى حالة المثقة الاكيدة مسراء تتعلق بالمصلحة الضرورية أو بالمصلحة الحاجة العامة المرتبطة بأحدى الأمور الخمسة .

(٢) الموافقات ، ٢/١٣٦

(٣) دفاع عن الشريعة لعلال الناس ، ص ٨٨

هي عبارة عن جلب المنفعة ودفع المفسرة والمشقة والتي تعتبر خصيصة من خصائص الشريعة فقد انعقد الاجماع على عدم وقوع المشقة غير المؤلف في التكاليف الشرعية، مما يدل على عدم قصد الشارع اعنات المكلفين أو تكليفهم ما لا تطبيقه نفوسهم^(١) وهكذا يصير مبدأ التسامح ورفع الحرج والمشقة عنصرا من عناصر مبدأ رعاية المصلحة، ويدل على كونه هدفا أساسيا للشريعة وبالتالي هو بذلك اساس نظرية الضرورة كما أسلفنا.

(٢) مبدأ التكليف بالمقدور: من القواعد المتفرعة على مبدأ رعاية المصلحة، القاعدة القائلة بأن " القدرة أساس التكليف " فقد تقرر في الأصول أن شرط التكليف أو سببه القدرة على المكلف به، فملا قدرة للمكلف عليه لا يصح التكليف به شرعا^(٢). قال تعالى : (لا يكلف الله نفسا الا وسعها)^(٣).

وأساس ذلك أن القصد من التكليف تحقيق الفعل المطلوب واتيانه لا تعجيز المخاطب أو اظهار عدم قدرته عليه والقدرة هي سلامة الاسباب والآلات الكفيلة بتحقيق العمل المأمور به أي أن يكون المأمور مالكا وسائل القدرة على اجراء المأمور به

(١) نظرية الضرورة الشرعية للزميل، ص

(٢) الموافقات، ١٠٢/٢

(٣) القرآن، البقرة،

من غير حرج ولا مشقة^(١).

والقدرة نوعان : ممكنة وميسرة، فالقدرة الممكنة هي التي تمكن المأمور من أداء المأمور به وهي شرط لوجوب الاداء سواء أكانت التكاليف بدنية أو مالية^(٢).

تقسيم القدرة الممكنة والميسرة :

وأما القدرة الميسرة فهي التي تيسر أداء الواجبات المالية ويشترط بقاءها البقاء الواجب فهي تتضمن معنى العلية فإذا ثبت الوجوب في ذمة المكلف بالقدرة الميسرة فلا بد من بقائها البقاء الوجوب ولو لم يشترط بقاءها لتحول الميسر إلى عسر فوجوب العسر مثلاً مشروط ببقاء القدرة الميسرة أي بقاء المال النامي، فإن لم يوجد كما لو تلف بآفه سماوية فلا يجب أداء العسر لأنه لووجب بعد هلاك المصنوع انتفى اليسر وحل العسر والشرعية مبنية على اليسر ورفع الحرج^(٣).

وتتمثل قدرة المكلف على أداء المأمور به في أهلية التي هي عبارة عن الصلاحية لثبوت الحقوق واستعمالها ووجوب الالتزامات

- (١) أصول الفقه الاسلامي لشاكر الحنبلي، ٨٣ ، ٨٤
- (٢) ومثال ذلك تكاليف التجنية للذب عن الوطن والضرائب الشخصية.
- (٣) أصول الفقه لشاكر الحنبلي، ٨٩٠ ، وانظر اصول الفقه للخضري، ٨٣ ، ٨٤

وفائتها ، فالأهلية على هذا نوعان : أهلية الوجوب وأهلية الأداء^١

عوارض الأهلية والضرورة :

وهناك أمور تؤثر في أهلية الإنسان بعضها عوارض مكتسبة وهي التي يكون لاختيار العبد فيها مدخل ، ومعظم هذه العوارض - بنوعها - تمثل أحوال الضرورة^(٢) وأسباب التخفيف لأن الإنسان يجد نفسه ملوب الاختيار أو فاقد الإرادة لا يستطيع الالتزام بالحكم الشرعى وهذا يجعله في حالة المشقة والضرورة التي تجلب التيسير.

(٣) مبدأ تحقيق العدل والعدالة^(٣) : إن الشريعة الإسلامية كاملة وخالدة تصلح لكل عصر وزمان لأنها قامت على أسس قوية ومرنة معا ومن أعظم هذه الأسس والمبادئ مبدأ تحقيق العدل والعدالة لأن العدل هو الأساس الذى لا تقوم الحياة والعالم بدونه.

(١) المدخل لدراسة الفقه الإسلامى للدكتور حسين حسان ، ٢٢٠

(٢) سيأتى بيان هذه الأصول فى الباب الثالث .

(٣) هناك فرق بسيط بين العدل والعدالة بالمعنى الاصطلاحى وهو أن العدل يقتضى المساواة فى الأحكام على أساس الوضع الغالب فى الحياة من غير اعتداد بتفاوت الظروف أو فى اختلاف الجزئيات فى الحالات المتماثلة على حين أن العدالة تقتضى المساواة المجسمة الواقعية فى المعاملة للحالات المتماثلة إذا تماثلت فى ظروفها وجزئياتها الواقعية (علل الفاسى ، مقاصد الشريعة ، ٤٢ وانظر محاضرات فى المدخل للقانون للدكتور حسين كبره ، ١٥) .

اساس اقامة الشريعة :

ولذا أمر الله تعالى عباده بتحقيق العدل والاحسان فقال :
 (ان الله يأمر بالعدل والاحسان)^(١) وقال تعالى : (ان الله يأمركم
 أن تؤدوا الامانات الى أهلها واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا
 بالعدل)^(٢) وقال تعالى أيضا : (اعدلوا هو اقرب للتقوى)^(٣).

فالشريعة الاسلامية - كغيرها من الشرائع الالهية - تقوم
 على أساس العدل الكامل لأن المقصد العام للشريعة هو عمارة
 الأرض وحفظ نظام التعايش فيها واستمرار صلاح المستخلفين
 فيها وقيامهم بما كلفوا به من عدل واستقامة ومن صلاح في العقل
 وفي العمل واصلح الأرض واستنباط لخيراتها وتدبير المنافع الجميع^(٤).

كلمة ابن القيم الرائعة :

ولقد قال ابن القيم بحق : ان الشريعة مبناه وأساسها
 على الحكم ومسالح العباد في المعاش والمعاد ، وهي عدل كلها
 ورحمة كلها ، ومسالح كلها وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل

(١) القرآن : سورة النحل : ٩٠

(٢) القرآن : سورة النساء : ٥٨

(٣) القرآن : سورة المائدة : ٨

(٤) مقاصد الشريعة ومكارمها ، ص ٤٢

الى الجور وعن الرحمة الى ضدها ، وعن المصلحة الى المفسدة ،
وعن الحكمة الى العيب ، فليست من الشريعة وان أدخلت فيها
بتأويل فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله
فى أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه
وسلم أتم دلالة وصدقها (١).

الاقتصاد الطاعة :

وتنبع عن مبدأ العدالة ، مبدأ الاقتصاد فى الطاعة ،
والاقتصاد معناه التوسط والاعتدال الذى هو أهم مميزات الشريعة
الاسلامية كما يقول الشاطبى : " الشريعة جارية فى التكليف بمقتضاها
على الطريق الوسط الأعدل ، الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه ،
الداخل تحت كسب العبد من غير مشقة عليه ولا انحلال ، بل هو
تكليف جار على موازنة تقتضى فى جميع المكلفين غاية الاعتدال (٢)
وفى هذا قال تعالى (وكذلك جعلناكم أمة وسطا) (٣) وقال النبى
صلى الله عليه وسلم : (خير الأمور أوسطها) (٤).

مقتضى تحقيق العدالة :

فالشريعة الاسلامية هى شريعة عادلة متوازنة تهدف

اقامة العدل وتحقيق التوازن والاقتصاد فى حياة المكلفين .

- | | | | |
|-----|---------------------------|-----|----------------------|
| (١) | اعلام الموقعين ، ٨ / ١٤ ، | (٢) | الموافقات ، ٢ / ١٣ |
| (٣) | البقرة ، ١٤٣ | (٤) | جامع الأصول ، ١ / ٢٣ |

ومن الظاهر أن هذه العدالة تتحقق على أروع صورها بتطبيق الاحكام الشرعية العامة الكلية الا أن هذا التطبيق يصير - كما قال المحمّصاني^(١) - في بعض الأحيان حرجاً على الناس ويجعل الافراد في التمسك بالقانون ينقلب الى ظلم وضرر أو كما قال الفزالي : (كل ما تجاوز حده انعكس الى ضده) ولذلك اقتضى التيسير على الناس وعدم مراعاة الأحكام العامة في بعض الأحوال الاستثنائية، رفعاً للضرر ودفعاً للمشقة .

وهكذا يصير مبدأ تحقيق العدالة جزءاً من مبدأ رعاية المصلحة الذي يشكل أساساً لنظرية الضرورة .

مقارنة: نجد أن القوانين الوضعية قد أسست على التفكير الانساني ، ذلك التفكير الذي هو عرضة للخطأ وبالإضافة الى ذلك فان هذه القوانين تتغير بتغير المجتمع وتعتمد في وجودها على هوائية الرأي العام ونزوات الحكام، لهذا فان القوانين الوضعية لا تستطيع أن تضمن لنا وحدة السلوك المنشودة، تلك الوحدة التي تشكل الأساس في القانون الالهي^(٢)، وأخيراً فان مصدر القانون يتمثل في العادات

(١) فلسفة التشريع في الاسلام، ص ٣٠١

(٢) فلسفة التشريع في الاسلام، للدكتور مصلح الدين، ص ١٢

والاعراف التى هى مستقرة فى أذهان الناس بينما أن الفقه الاسلامى من حيث كونه نظاما الهيئيا مشتق من الحقوق والواجبات الابدية والعدالة التى شرعها الله العليم الحكيم لكل زمان ومكان لتطبق على الجميع على حد سواء (١).

واختلف القانونيون فى تعريف المقصود من القوانين الوضعية فعرفوها من وجهات نظر متعددة ويذهب كثير من فلاسفة القانون الى أن الهدف النهائى فى القانون يتمثل فى العدالة ويفرقون بين العدالة الطبيعية والعدالة القائمة على العرف، الأمر الذى يثير جدلا ممتدا فيزيقيا لا ينتهى وفى محاولة لاجراء القانون من الضباب الميتا فيزيقى، وعلى ذلك أن فكرة العدالة الطبيعية فى القانون تعتبر مصدرا خارجيا عن القانون والعرف (٢).

فتحدث احوال أو ظروف لا تحيطها النصوص القانونية فتلجأ الدولة والافراد الى ترك هذه النصوص والاخذ بفكرة الضرورة تحقيقا للعدالة الطبيعية بناء على أن القانون بنفسه يعترف باباحة ارتكاب الجرائم والمحظورات فى الاحوال الاستثنائية والظروف الطارئة وهذا هو جوهر نظرية القانون فى الضرورة.

(١) نفس المرجع ، ص ١٤

(٢) فلسفة التشريع للدكتور مصلح الدين ، ص ١٣

أما الشريعة الإسلامية فهي بعكس ذلك لا تعتبر مبدأ العدالة مصدراً مستقلاً لأن مصدرها الوحي الإلهي من قرآن أو سنة نبوية أو اجتهاد المجتهدين الذين يستنبطون الأحكام من المصدرين السابقين بالقياس . فالعدالة في الإسلام^(١) من صميم التطبيق للأحكام الشرعية وليست نظرية مستقلة عنها كما أنها ليست من قبيل القانون الطبيعي الموجود في الخليقة والذي يكشفه القاضي عن طريق الإلهام، غموض يكشف غموضاً، فالعدل العام الإسلامي لا يقبل التبديل وإنما الذي يتغير ويتطور حسب الظروف والاعتبارات الزمانية والمكانية هو الأحكام الجزئية أو الفرعية لأن هذه الأحكام غير مقصودة لذاتها وإنما يقصد منها التوصل إلى تحقيق العدالة الشرعية^(٢).

ويبنى القانون عند البعض من فقهاء القانون على مبدأ الذي ينادى بأعظم سعادة لأكبر عدد وهو معترف به في العصر الحديث كما أنه يشكل وجهة النظر الرئيسية لنظرية المنفعة كما نجد ما عند بنتهام ولا يتفق مذهب اللذة الذي يقول بأن السعادة هي الخير المطلق الذي يشكل أساس القانون الوضعي ، مع روح الإسلام حيث أن القانون الإلهي الذي جاء به الإسلام يرى

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ص ٥٢

(٢) نظرية الضرورة الشرعية، ص ٤٥

(١) هذا الاساس فى ارادة الله العليم بما هو الخير المطلق للانسانية
 فيكون مقياس اعتبار المصلحة والمفسدة ومقياس النفع والضرر هو
 تقدير المشرع الحكيم وهو الله سبحانه لما فى ذلك من ثبات وخلود
 وضمان أكيد لمصلحة الفرد والجماعة وتهئية الانسان فى الحياة
 الدنيا للحياة الأخرى (٢)

أما ان يرتبط تقدير النفع والضرر بارادة بشرية فان
 الأنظمة تكون غالبا عرضة للعبث والخلل وعدم تقدير المصلحة
 العامة لأن ما يتخيلة الناس نفعا أو ضررا يتأثر عادة بالاهواء
 والاغراض الخاصة أو يكون مصورا فى دائرة ضيقة أو منظوروا اليه
 من زاوية معينة أو قاصرا غير شامل مما يجعل التشريع الوضعى
 مطعون فيه بالنقص أو عرضة للتغير والتبدلات التى لاصلة لها
 بتغير وجه المصلحة وعندئذ تسوء الحال ويعلم الفساد
 وتضطرب الاوضاع (٣).

وأما المصلحة فى الشريعة الاسلامية، إنما يقصد بها جلب
 نفع أو دفع ضرر مقصود للشارع، لا مطلق نفع أو ضرر، ومعنى
 هذا أن الناس قد يعدون الأمر منفعة وهو فى نظر الشارع مفد،

(١) قاعدة الضرورة والحاجة، ص ١٣

(٢) الموافقات للشاطبى، ٢/ ٣٧

(٣) محاضرات فى نظرية القانون للدكتور محمد على امام ص ١٠ وما
 بعدها.

وبالعكس فليس هناك تلازم بين المصلحة والمفسدة في عرف الناس وفي عرف الشارع ، أو بعبارة أخرى ، فإن المصلحة كما يقول الامام الغزالي في المحافظة على مقاصد الشارع ولو خالفت مقاصد الناس ، فإن الأخير عند مخالفتها للأولى ليست في الواقع مصالح ، بل أهواء وشهوات زينتها النفس ، وألبستها العادات والتقاليد ثوب المصالح (١) .

فالضرورة من حيث كونها مصلحة أساسية في الشريعة الإسلامية مقيد بوجهة النظر الشرعية في المصلحة والعدالة وليست خارجة عنها أبداً . وهذه هي نقطة الخلاف الجوهرية بين الشريعة والقانون .

(١) نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي ، ص ٦

الفصل الثانى

الضرورة كمبدأ تشريعى

وفيه ثلاثة مباحث

(١) مصلحة الضرورة

(٢) حجية الضرورة

(٣) دور الضرورة فى الاجتهاد

المبحث الأول :

مصلحة الضرورة

عرفنا مما سبق أن الأحكام التي جاءت بها نصوص الشريعة تحقق مصالح العباد في العاجل والآجل معا وهذه المصالح هي مقاصد الشريعة الإسلامية وهي لا تعدو إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تكون ضرورية

والثاني : أن تكون حاجية

والثالث : أن تكون تحسينية

الضرورية :

فالضرورية فهي ما لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين^(١).

ومجموع الضروريات - كما أسلفنا - خمسة وهي حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ النسل، وحفظ المال، وحفظ العقل^(٢).

وقد جاءت الشريعة لتحقيق هذه الضروريات باقامة أركانها

(١) الموافقات ، ١/٢

(٢) نفس المرجع ، ١٠/٢

وتثبيت قواعدها وتشريع الاحكام لحفظها ودرء الاختلال المتوقع عليها .

فشرع الايمان والاركان وأصول العبادات لحفظ الدين ، ولحفظ النفس والعقل المأكولات ، والملبوسات والمسكنات ، ولحفظ المال البيوع والعقود ، وشرع لمراعاتها من جانب عدم العقوبات المقدرة كالقصاص والديات وغيرها .

الحاجية :

والحاجية هي ما يفتقر اليه العباد للتوسعة عليهم ، ولرفع الضيق والحرج والمشقة عنهم فشرع الرخص المخففة لمراعاة هذا النوع من المصالح وهي جارية في العبادات والعادات والمعاملات والجنايات^(١) وغيرها .

فنجد في العبادات مثلاً الرخص المخففة بالنسبة الى الحقوق المشقة بالمرض والسفر كالفطر والقصر ، وفي العادات اباحة الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال مأكلاً ومشرباً وملبساً أو مسكناً ومركباً وما أشبه ذلك وفي المعاملات القراض والمساواة والسلام والنساء التوابع في العقد على المتبوعات كثمرة الشجر وفي الجنايات الحكم باللوث والتدنية والقسامة ، وضرب الدية على العاقلة وتنمين وما أشبه ذلك .

(١) نفس المرجع ، ١١/٢

وأما التحسينية فهي الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المذمومة التي تأنفها العقول الراجحات^(١) ومن هذه التحسينات، التقرب الى الله بنوافل الخيرات من الصدقات والقربات. وآداب الطهارة، ومكارم الاخلاق واجتناب اكل النجاسات والمنع للمرأة من الاختلاط بالرجال ومنعها عن الشهادة والقضا وما اشبه ذلك.

مكملات المصالح:

ولكل مرتبة من هذه المراتب مكملات وامتعات مما لو فرض فقدناها لم يخل بحكمتها الأصلية^(٢) فشلا التماثل هو كالتكلمة للقصاص وكذلك المنع من النظر الى الأجنبية وشرب قليل المسكر ومع الربا هي كالمكملات للمصالح الضرورية اى لحفظ النسل والعقل والمال على الترتيب.

ومن امثلة المكمل في الحاجيات اعتبار الكف أو مهر المثل في الصغيره فان ذلك لا تدعو اليه حاجة مثل الحاجة الى اصل النكاح في الصغير ومن ذلك الجمع بين الصلاتين في السفر الذى تقصر فيه الصلاة، وجمع المريض الذى يخاف أن يغلب على عقله، فهذا وامثاله كالمكمل لهذه المرتبة، اذا لم يشرع لم يخل باصل التوسعة والتخفيف.

(١) المرجع السابق، ١١/٢ (٢) المصدر نفسه، ١٢/٢

وأما مرتبة التحسينات فمن مكملاتها آداب الاحداث
ومندوبات الطهارة وترك ابطال الاعمال المدخول فيها وان
كانت غير واجبة، والانفاق من طيبات المكاسب والاختيار فى
الضحايا والعقيقة والمعتق وما اشبه ذلك.

هذا والحاجيات كالتمتع للضروريات وكذلك التحسينيات
كالتكملة للحاجيات، فالضروريات هى أصل المصالح والباقي تابعة
لها (١).

شرط اعتبار التكملة :

ولكل تكملة - من حيث هى تكملة - شرط وهو أن لا يعود
اعتبارها على الأصل بالابطال، فإذا كانت مراعاة التكملة يبطل
الأصل، فلا يجوز مراعاتها ومثال ذلك أن حفظ النفس مهم كلى،
وحفظ المروءات مستحسن، فحرمت النجاسات حفظاً للمروءات، فإن
دعت الضرورة الى احياء المهجة بتناول النجس، كان تناوله أولى (٢)
وكذلك أصل البيع ضرورى ومنع الغرر والجهالة فيه مكمل
له، ولو اشترط نفى الغرر جملة لانسد باب البيع فلذلك اغتصر
الغرر اليسير كوس الخشب.

(١) الموافقات، ٢ / ١٣

(٢) نفس المرجع، ٢ / ١٤

ومن ذلك اتمام الاركان فى الصلاة، فانه مكمل لها وهى
 من الضروريات فاذا كان فى اتمامها حرج ارتفع الحرج عمن لم
 يكمل وصلى على حسب طاقتة " لا يكلف الله نفسا الا وسعها " .
 وكذلك ستر العورة فهو من محاسن الصلاة ولو طلب
 على الاطلاق لتعذر أدائها على من لم يجد ساترا الى غير ذلك
 من الامثلة .

الضرورة هى أصل المصالح :

فالمصالح الضرورية على هذا، هى أصل للمصالح الحاجية
 والتحسينية فلو فرض اختلال الضرورى باطلاق لا اختلا باختلاله باطلاق
 ولا يلزم من اختلالهما اختلال الضرورى باطلاق (١)
 فالضرورى هو أصل المقصود وما سواه مبنى عليه كوصف
 من أوصافه أو كفرع من فروع .
 والحاجى والتحسينى هما - كما أسلفنا - كالمكملات للضرورى
 لأن التحسينى يخدم الحاجى والحاجى يخدم الضرورى ، فالكل يخدم
 الضرورى .

(١) المرجع السابق ، ١٦ / ٢

مراعاة الحاجة والتحسينية لأجل الضرورية :

ولذا يجب مراعاة الحاجيات والتحسينيات لأجل المحافظة على الضرورى من حيث الكل لأنه قد يلزم من اختلال التحسينى أو الحاجى باطلاق اختلال الضرورى بوجه ما، فان مجموع الحاجيات والتحسينيات ينتهى أن يكون كل واحد منهما كفرد من أفراد الضروريات، وذلك أن كمال الضروريات - من حيث هى ضروريات - إنما يحسن موقعه حيث يكون فيها على المكلف سعة وبسطة من غير تضيق ولا حرج ، فإذا أخل بذلك لبس قسم الضروريات لبسة الحرج والعنت (١).

الضروريات هى أصول الدين :

وإذا كان الضرورى قد يختل باختلال مكملاته كانت المحافظة عليها لأجله مطلوبة وبهذا يظهر أن المقصود الأعظم فى المطالب الثلاثة، المحافظة على الأول منها، وهو قسم الضروريات ومن هنالك كان مراعاة فى كل مسألة، بحيث لم تختلف فيه الملل كما اختلفت فى الفروع ، فهو أصول الدين، وقواعد الشريعة، وكليات المسئلة (٢) وما سبق يتضح تماما أن الشريعة الاسلامية تهدف أساسا

(١) المصدر نفسه ، ٢ / ٣٣

(٢) الموافقات ، ٢ / ٢٥

الى حفظ الضروريات وبقاءها وتقرر عقوبات قاسية على مخالفتها والجنابة عليها وتوجب على المكلفين مراعاة الضروريات في كل حال لأنها كالاساس والأصل للمصالح الحاجية والتحسينية وهما كالتمكلة لها والقاعدة - كما قلنا - أن التكملة لا تعتبر إن عادى اعتبارها على الأصل بالابطال .

حالة الضرورة :

وعلى هذا، فالمصلحة الحاجية أو التحسينية لو تهدد المصلحة الضرورية، فهذه حالة الضرورة ونلتزم فيها بمراعاة المصلحة الضرورية بترك المصلحة الحاجية أو التحسينية . وكذلك لو تهدد المصلحة التحسينية، المصلحة الحاجية العامة فهذه الحالة تبلغ مبلغ الضرورة وهي كمثلها توجب التخفيف والتيسير والترخيص لرفع الحرج والمشقة وتجزئ ترك الأحكام المبنية على المصالح الحاجية أو التحسينية لأجل المحافظة على المصالح الضرورية .

وهذا هو جوهر نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي .

كلمة افتتاحية

قررنا فيها سبق أن أساس نظرية الضرورة هو المصلحة ولقد عرفها الغزالي بأنها في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نعنى به ذلك، فإن جلب المنفعة ورفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسده ودفعه مصلحة^(١).

والمصلحة بهذا التعريف - أعنى المحافظة على مقاصد الشرع - لا وجد للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة لأن مقاصد^(٢) الشرع تعرف بالكتاب والسنة والاجماع ولقد عرف كون هذه المعاني حفظ الأصول الخمسة - مقصودة عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لاهلها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات.

وهذه المقاصد تنقسم - كما اسلفنا - الى ضرورى وحاجى وتحسينى والضرورى هو أقوى مراتب المصالح ولذا يعتبر الغزالي

(١) المستصفى للغزالي، ٢٨٧ / ١

(٢) نفس المرجع، ٢١٠ / ١

المصلحة الضرورية دليلا شرعيا وهي بهذا المعنى تشير مرادفة للضرورة وبالتالي فتصبح نظرية المصلحة في معناها المحدد - نظرية الضرورة.

تقسيم المصلحة من حيث اعتبار الشرع :

ولا خلاف بين الفقهاء في اعتبار المصلحة المنصوص عليها، أما الاختلاف جاز في المصلحة التي لم يرد فيها نص معين من الكتاب، والسنة : اهي معتبره أم لا أو بعبارة أخرى هل المصلحة غير المنصوصة تعتبر دليلا شرعيا أم لا، فالمصلحة اذن تنقسم من حيث اعتبار الشارع لها الى ثلاثة أقسام :

أحدها : المصلحة المعتبرة شرعا وهي التي شهد له أصل معين في الشريعة.

وثانيها : المصلحة الملقاة وهي التي شهد الشرع لبطلانها.

وثالثها : المصلحة المرسله وهي التي لم يشهد لها أصل معين لا بالاعتبار ولا بالالفاء (١).

شروط اعتبار المصلحة المرسله عند الغزالي :

ولقد اختلف العلماء في اعتبار المصلحة المرسله مع اتفاقهم على اعتبار المصلحة المعتبرة وعدم اعتبار المصلحة الملقاة، فقرر الغزالي أن المصلحة المرسله لا تعتبر الا اذا كانت ضرورية وقطعية وكلية ومثل لك بأنه لو ترس الكفار بجماعة من المسلمين فيجوز أن نرى هذا الترس حفظا لساائر المسلمين وتحصيل هذا المقصود بهذا الطريق - وهو قتل من لم يذنب - لم يشهد له أصل معين الا أنها مصلحة انقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف أنها ضرورية، قطعية، وكلية (٢).

(١) نظرية المصلحة، ص ١٥ - ١٧، وارشاد الفحول للشوكاني، ص ٢٠٢، ٢٠٣

(٢) المستصفى، ١ / ٣١٠

أما ان فقد وصف من هذه الاوصاف بأن كان الوصف
مناسبا حاجيا أو ضروريا ظنيا، أو ضروريا قطعيا جزئيا، لم يجر
الاقدام على ما عرف عن الشارع تحريمه في الجملة فمثلا اذا
تترس الكفار في قلعة بمسلم لا يحل رمي الترس اذ لا ضرورة الى
فتح القلعة،

مدى اشتراط القطعية والكلية :

ولكن الاستاذ حسين حامد حان لاحظ أن القطعية والكلية
ليستا شرطيين لازمين في كل المصالح أما الضرورية فهي شرط
جوهرى لاعتبار المصلحة المرسله شرعا^(١). كما أن غيره لاحظ
تناقضا واضطرابا في موقف الفزالي بالنسبة لاشتراط القطعية
والكلية في اعتبار المصلحة المرسله بأن حر المصالح المرسله
في الضروريات تخالف كونها مرسله.

ولكننا نرى أن الاضطراب فيه لأمرين : أولهما بأن
الفزالي قد صرح بأن مايجرى مجرى الضرورى من الحاجيات
والتحسينات يؤخذ به، وثانيهما لأن ما لايجرى هذا المجرى ليس
في مقاصد الشارع العامة ما يدل على الحكم بمجرد المصلحة

(١) نظرية المصلحة، ص ٤٦٠

(٢) سعيد رمضان : ضوابط المصلحة، ص ٢٩ ١٠

دون الاعتماد على الأصل المعين^(١).

وكما أسلفنا عن الاستاذ حسين حامد حسان أن الغزالي لا يشترط في كل مصلحة أن تكون ضرورية، قطعية بمعنى عدم إمكان التخلف، كلية بمعنى عدم تعلقها بعدد محصور وإنما يشترط فيها الملائمة لجنس تصرفات الشرع وقد وجدنا أن هذه الملائمة لا تتحقق إلا في المصالح التي توافر لها الظن الغالب والضرورة أو الحاجة العامة^(٢).

شرط الضرورة

موقف الغزالي في شفاء الغليل:

نرى الغزالي يصرح في شفاء الغليل بأن المصالح الضرورية والحاجية يجوز الاستمسك بها مادامت ملائمة لجنس تصرفات الشرع، أما المصالح الواقعة في رتبة التحسينات فإنه لا يجوز الاستمسك بها ما لم تعترض بأصل معين يمكن القياس عليه، فيقول: "وقد رتبنا المناسبات على ثلاثة مراتب، وذكرنا أن منها ما يقع في رتبة الضرورات ومنها ما يقع في رتبة الحاجات ومنها ما يقع في رتبة التحسينات، فالواقع منها في هذه المرتبة

(١) نظرية المصلحة، ٤٣٢

(٢) نظرية المصلحة، ص ٤٦٠

الآخيرة لا يجوز الاستمساك به مالم تعضد بشهادة أصل معين ورد في الشرع الحكم فيه على وفق المناسبة، أما الواقع في رتبة الضرورات والحاجات فالذى نراه فيها أنه لا يجوز الاستمساك بها ان كان ملائما لتصرفات الشرع ولا يجوز الاستمساك بها ان كان غريبا لا يلائم القواعد^(١)

موقفه في المستصفي :

ولكن الغزالي يقرر في المستصفي بعد ذكر مراتب المصالح الثلاث : الضرورات والحاجات والتحسينات، أن المصالح الواقعة في رتبة الحاجات والتحسينات لا يجوز الحكم بمجرد ما لم تعضد بشهادة أصل يمكن القياس عليه الا أنه أردف ذلك بقوله : "الا أنه يجرى مجرى وضع الضرورات فلا بعد من أن يؤدى اليه اجتهاد مجتهد، وأما المصالح الضرورية فيقرر أنه لا بعد من أن يؤدى اليها اجتهاد مجتهد وان لم يشهد له أصل معين^(٢)."

وبناء على هذا يرى الاستاذ حسين حامد حان " أنه لا تناقض بين تصريح الغزالي في شفاء الفليل بقبول المصالح الحاجية كالضرورة وبين قوله في المستصفي بقبول المصالح الضرورية دون الحاجية والتحسينية لأنه قد صرح بأن المصالح

(١) شفاء الفليل ، ١٨٤

(٢) المستصفي ، ١ / ٣١٠

غير الضرورية قد تجرى مجرى المصالح الضرورية فتلحق بالأخيرة ويجوز الحكم بمجردهما وعلى هذا يحمل اطلاق القول بقبول المصالح الحاجية في شفاء الغليل، على ما اذا كانت هذه المصالح جارية مجرى الضرورات كما في المستصفي .

بل ان الفزالي قد فسر هذا الاجمال، وقيد ذلك الاطلاق في شفاء الغليل نفسه، حيث قرر بعد اطلاق القول بقبول المصالح الحاجية، أن الحاجة العامة في حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة، الخاصة في حق الشخص الواحد وبذلك يمكن القول بأن الفزالي يقصد أن المصالح الحاجية يقبل الحكم بمجردهما اذا توافرت بالنسبة لها صفة العموم، حتى تكون جارية مجرى الضرورات .

الجمع بين القولين :

ثم يلخص الاستاذ فيقول : " والخلاصة فيما يتعلق بشرط الضرورة . أن الفزالي يحتج بالمصلحة الضرورية، ولو كانت في حق شخص واحد ، وكذلك المصالح الحاجية اذا كانت الحاجة عامة في حق كافة الخلق ، أو بعبارة أخرى الضرورة أو الحاجة العامة هي الشرط في العمل بالمصلحة المرسله عنده (١) .

(١) نظرية المصلحة، ص ٤٥٣

إضرورة كمبداء عظيم :النكير على المصلحة المرسله لابن تيمية :

لقد شدد ابن تيمية النكير على اصل المصلحة وقال : انه من جهة المصالح حصل فى أمر الدين اضطراب اعظيم، وكثيرا من الأمراء والعباد رأوا مصالح فاستعملوها بناء على هذا الاصل وقد يكون منها ما هو محظور فى الشرع لم يعلموه، وربما قدم فى المصالح المرسله كلا ما خلاف النصوص، وكثير منها أهمل مصالح يجب اعتبارها شرعا بناء على أن الشرع لم يرد بها، ففسوت واجبات ومستحبات، أو وقع فى محظورات ومكروهات، وقد يكون الشرع ورد بذلك ولم يعلموه» (١).

بناء هذا النكير :

ونحن نرى أن هذا النكير مبناه سوء استخدام ومما لاشك فيه أن الأخذ بالمصلحة من غير اعتماد على نص قد يؤدى الى الانطلاق من أحكام الشريعة، وإيقاع الظلم بالناس باسم المصلحة كما فعل بعض الحكام الظالمين ولكن بناءً على اصل المصلحة على مجموع نصوص الشرع لا يستطيع أن يخالفه أحد.

اعتراف ابن تيمية لمبداء الضرورة :

ويرتفع هذا الاعتراض إن نقصر المصلحة على الضرورة

(١) جوده هلال : بحث " الاستحسان والمصالح المرسله " فى

اسبوع الفقه الاسلامى ومهر جان ابن تيمية، ص ٢٦٥

أو الحاجة العامة الجارية مجرى الضرورة، فابن تيمية نفسه يعترف بهذا المبدأ العظيم في الشريعة الإسلامية، حيث يقول: "ومن استقراء الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) (١) و (فمن اضطر في مخمصة أو غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم) (٢) فكل ما احتاج الناس اليه معاشهم ولم يكن سببه معصية، وهي ترك واجب، أو فعل محرم لم يحرم عليهم، لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد" (٣).

تقرير ابن القيم :

ويقرر ابن القيم نفس الأمر فيقول : " وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو اليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغنى عنه المكلف (٤) والذي يؤخذ من هذا أن الحنابلة يأخذون بالمصالح الضرورية والحاجية وان ما احتاج الناس اليه كافة في معاشهم ينزل منزلة الضرورة في حق الأفراد، وأنهم يعللون بالمصالح

-
- | | | |
|-----|-------------------|-------|
| (١) | سورة البقرة، : | ١٣ |
| (٢) | سورة المائدة : | ٣ |
| (٣) | فتاوى ابن تيمية : | ٢٩٤/٣ |
| (٤) | اعلام الموقعين : | ٢٨٨/٣ |

الملائمة وان لم يوجد نص معين يشهد بعينها بالاعتبار.
الضرورة كأصل لا استصلاح :
تمسك المالكية بالمصلحة المرسله :

المالكية أكثر الفقهاء تمسكا بالمصلحة المرسله ويشترطون
 أن تكون المصلحة من فئة الضروريات أو الحاجيات لامن فئة
 الكماليات ولو رأينا تطبيقاتهم للمصلحة المرسله وجدنا أن
 الحاجيات المعتبرة عندهم - عند عدم ورود النص الشرعى - هى
 الحاجات العامة اذا عمت كانت كالضرورة كما تقرر فى الاصول.
راى الشاطبى :

يقول الشاطبى : " ان حاصل المصالح المرسله يرجع الى
 حفظ أمر ضرورى أو رفع حرج لازم فى الدين ... وعلى كل تقدير
 فليس فيها ما يرجع الى التقبيح والتزيين البتة " (١) وكذلك يقول :
 " اجراء القياس مطلقا فى الضرورى يؤدى الى حرج مشقة فى بعض
 موارد ، فيستثنى موضع الحرج ، وكذلك فى الحاجى مع التكميل
 أو الضرورى مع التكميل " (٢).

فان الشارع كما اعتبر اقامة المصالح الضرورية ، فانه
 اعتبر مع ذلك قاعدة الحاجيات التى ترجع الى التوسعة ورفع

(١) الاعتصام للشاطبى ، ٢/٢١٣

(٢) الموافقات ، ٤/٢٠٧

الحرص والضيق في إقامة هذه الضرورات بحيث لو لم تعتبر هذه الحاجيات لدخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة في إقامة المصالح الضرورية حرج ومشقة ربما أدت إلى فوات المصالح الضرورية نفسها، فإن إقامة الصلوة كاملة الأركان مستوفية الشروط مصلحة ضرورية ولكن قاعدة الحاجيات تقضى برفع الحرج والمشقة الشديدة في القيام بهذه المصلحة الضرورية المتعلقة بالدين، وذلك بأن يقوم المكلف بالصلوة على الوجه الذي لا يدخل عليه الضيق والحرص الذي قد يمنعه من إقامة الضرورى نفسه.

بناءً على ذلك لا نجد هناك فرقاً بين نظرية المالكية والآخرين في اعتبار المصلحة المرسلّة كدليل شرعى لأن المصلحة المرسلّة تعتبر شرعاً - في ضوء تطبيقاتهم كما سيأتى التفصيل^(١) - إذا كانت ضرورية أو حاجية عامة تجرى مجرى الضرورة. ولذا نستطيع أن نقول أن قاعدة الضرورات لا خلاف فيها بين المجتهدين وإنها تخصّص والمخصّص في الحقيقة هو النصوص التي أقرت القاعدة^(٢).

قطعية قاعدة الضرورة

الضرورة قاعدة قطعية في الدين :

فالضرورة على هذا - كما يقول استاذنا الدكتور حسين حامد

(١) انظر الباب الثانى، ص

(٢) نظرية المصلحة، ص ١٤٤

فى كتابه " نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامى " - " هى قاعدة قطعية فى الدين لم تؤخذ من نص واحد ولم تعتمد على أصل معين ، وإنما أخذت من مجموع نصوص الشريعة بطريق الاستقراء المفيد للقطع ، فالأخذ بها والرجوع اليها والتفريع على أساسها عمل بالنصوص ورجوع اليها فليس ترك النص من غير دليل ،

مراد قاعدة الضرورة عند الاحناف :

" والاحناف يقصدون بقاعدة الضرورة المصلحة الضرورية الخاصة والمصالح الحاجية اذا كانت عامة للخلق ، وكان فى عدم الأخذ بها حرج ومشقة شديدة خارجة عن الحد المعتاد فى التكاليف الشرعية وهذا هو معنى المصلحة المرسلة ، فان القائلين بالمصالح المرسلة يتفقون فى الجملة على اشتراط أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية ولا تدخل فى باب التحمين والتزيين البسته .

تلقين الفزالى

" وقد رأينا الفزالى ، وان قصر المصالح التى يحسنح بمجردا على المصالح الضرورية الا أنه قد قرر الحاجة العامة فى حق كافة الخلق تنزل منزلة الضرورة فى حق الشخص الواحد وقد حملنا عبارته فى شفاء الغليل التى تفيد الأخذ بالمصالح الحاجية على هذا المعنى أى الحاجة العامة لكافة الخلق .

تفسير الضرورة بمعناها الواسع

"وانما لم نفسر الضرورة في عبارة الاصوليين بمعناها الضيق لأننا وجدنا الفقهاء والمخرجين في الفقه الحنفى، يجعلون الحاجيات في درجة الضرورات في الاستثناء بها من القواعد، بل وجدنا فروعا فقهية كثيرة، كان أساس الفتوى فيها هو الاستحسان ولم تكن الحاجة فيها تشكل ضرورة خاصة بل كانت حاجة عامة.

مبدأ ترك العسر لليسر:

"ففي تعريف السرخى للاستحسان رأيناه يقول أنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس وقيل طلب السهولة فيما يبتلى فيه الخاص والعام وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين قال تعالى: (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)^(١)

سند قاعدة الضرورة والحاجة:

"فهذا هو السرخى الفقيه الحنفى يجعل الاستحسان ترك العسر لليسر ثم يقول: "انه أصل قطعى في الدين ويقول ان

الاستحسان يقضى بجواز النظر الى عورة المرأة للحاجة والضرورة، وهذا يؤيد ما قلناه من أن الحاجة منزلة منزلة الضرورة اذا كانت عامة في الخلق، وأن قاعدة رفع الحرج، وهي قاعدة قطعية في الدين، قد تكون هي سند الاستحسان كما تكون قاعدة الضرورات سنداً له،

وظيفة قاعدة الضرورة والحاجة :

“ولقد سبق القول بأن قاعدة رفع الحرج الزائد والمشقة الشديدة قد تعمل في التخفيف المراد من قاعدة الضرورات وذلك في الحالات التي يترتب على عدم مراعاة قاعدة منع الحرج فوات الضرورات نفسها. ورأينا أن قاعدة الحاجيات وظيقتها أن تجعل قيام المكلف بالمصالح الضرورية غير شاق مشقة شديدة يتمذّر عليه بسببها القيام بالضرورات نفسها أو تركها بعد فترة من الزمن.

تنزيل الحاجة في منزلة الضرورة :

(تقرير ابن نجيم وتشريحه للدكتور حنين) “وفوق ذلك فان كتاب الحنفية يصرحون بأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة يقول ابن نجيم في الاشباه والنظائر: “ والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة ولهذا جوزت الاجازة على خلاف القياس للحاجة وكذلك قلنا لا تجوز اجارة بيت بمناخ بيت لاتحاد

جنس المنفعة فلا حاجة بخلاف ما اذا اختلفا، ومنها ضمان الدرك
جوز على خلاف القياس ومن ذلك جواز السلم على خلاف القياس
لكونه بيع العدوم وفقا لحاجة المغاليس، ومنها جواز الاستضاع
للحاجة ودخول الحمام مع جهالة مكثه فيها وما يستعمله من الماء
وشربة السقاء، ومنها الافتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين
على أمل بخارى وقد سموه بيع الأمانة والشافعية يسمونه الرهن
المعار^(١).

يقرر فضيلة الاستاذ الدكتور حسين حامد حسان بعد
ايراد هذه العبارة " أن الذى يؤخذ من هذا النص أمور:
أولها : يقول ابن نجيم أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة
كانت أو خاصة، والواقع أن الحاجة لاتنزل منزلة الضرورة الا اذا
كانت عامة لكافة الخلق ومع كثرة الامثلة، التى ذكرها ومنها
المنصوصة ومنها المستنبطة، فانه لم يذكر حاجة خاصة نزلت منزلة
الضرورة بل كل الوقائع التى قيل بها حاجة عامة. والشارع نفسه
لا يجعل الحاجة الخاصة بشخص واحد فى منزلة الضرورة، بحيث يجوز
فيها المحظور، ويخص بها عموم النص، أو يترك بها القياس
ويستثنى بها من القواعد.

(١) الاشباه والنظائر، لابن نجيم ص ٩١ - ٩٢

ثالثها: انه ذكر الاستضاع ودخول الحمام وشربة السقاء ضمن أمثلة الاستحسان بالحاجة المنزلة منزلة الضرورة وهذه قد أدخلها غيره في الاستحسان بالاجماع وبعضهم في الاستحسان بالعرف والواقع أن أساس الفتوى في هذه الوقائع هي الحاجة العامة المنزلة منزلة الضرورة وكانت هذه الفتوى بعد أن بدأ العرف يجرى بالتعامل بين الناس بها فالعرف الخاص قد وجد أولا ثم افترض الفقهاء بصحة هذه التصرفات التي جرى بها العرف ثم أصبح هذا العرف عاما واستمرت الفتوى بصحة ما جرى به العرف.

فمن نظر الى أصل بدء التعامل بهذه التصرفات قال ان أساس الاستحسان هو العرف، ومن نظر الى فتوى الفقيه بصحة هذا العرف قبل أن يصير عرفا عاما واجماعا عليا، قال ان أساس هذا الاستحسان هو المصلحة، ومن نظر الى اتفاق المجتهدين أخيرا على جواز هذا النوع من التصرف قال ان أساس الاستحسان هو الاجماع ولا تناقض في كلامهم جميعا بل كل منهم نظر الى هذه التصرفات من زاوية معينة وفي مرحلة من مراحل العمل بها.

وعلى كل حال فان هذا يؤيد ما سبق أن قلناه من أن أساس هذه التصرفات أنها محققة لمصالح حاجية للناس كافة كانت منزلة منزلة الضرورات الخاصة، وكان في ابطال ما جرى عليه العرف (١) مما ليس فيه نص حرج ومشقة تأبأها قواعد الشريعة السمحة الرحيمة

خلاصة القول :

وخلاصة القول أن الضرورة - في ضوء هذه التوضيحات - تندرج تحتها الحاجة العامة المنزلة منزلة الضرورة وهي من حيث كونها قاعدة قطعية ونظرية متكاملة في الشريعة الإسلامية تبيح المحظور، ويخصص بها عموم النص ويترك بها القياس ويستثنى بها من القواعد .

مدى حجية الضرورة

ولكن هل الضرورة تعتبر دليلاً من أدلة الشريعة أو مصدراً من مصادرها أو بعبارة أخرى أصلاً من أصولها فمن اهتم بالاجابة على هذا السؤال الدكتور محمد مصلح الدين الكاتب الاسلامي المعاصر وقال : " ان الشريعة الاسلامية كما نجدها في الكتاب والسنة تتضمن حلولاً لكل مشكلات الحياة والتشريع في الاسلام الامتدادا للنص (الكتاب والسنة) عن طريق القياس الذي يسمى بالاجتهاد وينبغي أن يبنى هذا الاجتهاد على الأسس التي كان يراعيها الخلفاء الراشدون في اجتهادهم ، وقد كان القياس عندهم نوعين : ففي حالة كون العلة مشتركة بين النص والمسئلة يعتبر القياس حينئذ قياساً تاماً أما غير ذلك فيعتبر تاويلاً^(١)

(١) " فلسفة التشريع في الاسلام وقاعدة الضرورة والحاجة له ص ٥١

استخدام قاعدة الضرورة والحاجة عند عدم امكان التاويل :

” أما التاويل فكما يعرفه البزدوى فى أصوله عبارة من التفسير الذى يتضح بموجبه معنى الكلمة الغامض بالرجوع الى حجة أو دليل^(١)، فان للتاويل قدرة فائقة على تغطية الاحتياجات المتنامية للمجتمع ، وذلك أن النص يمكن أن يفسر بالرجوع الى الكلمات والمعانى المتضمنة لها بالاضافة الى السياق وأحداث الرسول صلى الله عليه وسلم وبهذا الاسلوب يكون النص قابلا للتفسير، الأمر الذى يجعله قادرا على تغطية الحالات والاحتياجات العديدة لعالمنا المعاصر. وإذا كانت هناك حاجات لا يغطيها التاويل فانه بإمكاننا استخدام قاعدة الضرورة والحاجة^(٢).

أسوة الخلفاء الراشدين فى تطبيق القاعدة :

” وهكذا فان الاسلوب الذى استخدمه الخلفاء الراشدون للحكم فى القضايا كان اسلوبا معتدلا وهو أنهم كانوا يستعملون القياس التام حينما كانت العلة واضحة أما اذا كانت العلة غير واضحة أو ان الكلمة فى النص تحتل أكثر من معنى فانهم يلجئون الى التاويل وذلك فى ضوء أسوة الرسول صلى الله عليه وسلم لأنه قد عمل به وسأل الله تعالى

(١) عيسى العزيز البخارى : كشف الاسرار ١ / ٤٤

(٢) قاعدة الضرورة والحاجة، ص ٤١

القدرة على التاويل لبعض أصحابه،

* فالطريق الذى استخدمه الخلفاء الراشدون هو الطريق
الأمثل الواجب اتباعه فى التشريع وهو الذى يتمثل فى توسيع دائرة
النص عن طريق القياس التام والتاويل الصحيح، وقد يبدو فى بعض
الأحيان أنه يتعارض مع مقتضى النص بينما هو فى الحقيقة يتوافق
معه موافقة تامة، ذلك أن الخلفاء الراشدين لا يمكن لهم أن
يعملوا بخلاف النص ما لم تقتضى ذلك قاعدة الضرورة والحاجة
أمثلة تطبيق القاعدة فى زمن الصحابة :

ونجد مثلاً لذلك فى إسقاط عمر رضى الله عنه لعقوبة فى
عام المجاعة مع أن عقوبة السارق فى الشريعة الإسلامية هى الحد
الشرعى أى القطع بدليل الآية الكريمة (والسارق والسارقة
فاقطعوا أيديهما)^(١) وبدليل السنة القولية والفعلية ولكن عمر
رضى الله عنه إسقط هذه العقوبة عن السارق فى عام المجاعة
بسبب الضرورة والحاجة وأحياء للنفس وعلى هذا صار إجماع
الفقهاء^(٢)

(١) المائدة : ٣٨

(٢) قاعدة الضرورة، ص ٤٤

نص الرسول واجماع الصحابة على قاعدة الضرورة والحاجة :

وبعد ايراد بعض الأمثلة من الكتاب والسنة والاجماع كجواز الاجازة وبيع السلم والاستضاع وغيرها قال الدكتور :
 " ويتضح من الأمثلة السابقة انها نتجت عن الضرورة والحاجة، والقوة الدافعة وراءها تتمثل في التخفيف عن الذين يتعرضون للمشقات، ولقد جوز الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الأحكام في ظل قاعدة الضرورة والحاجة" (١) وصار عليه اجماع الصحابة.

لما لا نختار القاعدة :

وهذا يدعونا الى التساؤل لماذا لا نختار القاعدة ذاتها كمصدر من مصادر الشرع أو دليل من أدلته خلافا لصنيع الفقهاء حيث ذكروا هذه الأمثلة في تطبيق قاعدة الاستحسان والمصالح المرسله .

مدى صلاحية الاستحسان والمصالح المرسله :

ثم عالج فضيلته قضية اختيار المركز القانوني للاستحسان والمصالح المرسله ومدى صلاحيتها أن يكونا مصدرين من مصادر الشريعة وبسط الأمثلة المستندة الى المصالح المرسله مع ذكر الشروط المعتبرة فيها عند الامام مالك رحمه الله، بأن تكون المسئلة من مسائل المعاملات بحيث تتركز المصلحة فيها على

(١) نفس المصدر، ص ٤٧

المعقول، لأن تكون من التعبدات، وأن توافق المصلحة روح الشريعة بحيث لا تتعارض دليلاً من أدلتها وأن تكون من فئة الضروريات أو الحاجيات لا من فئة الكماليات، ولاحظ أن الشرط الأخير يشير إشارة واضحة إلى قاعدة الضرورة والحاجة.

اعتبار القاعدة كمصدر من مصادر التشريع :

ثم قرر أنه لا يمكن للمصالح العامة (المرسلة) أن تكون مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي^(١).... وأن تكون قاعدة الضرورة والحاجة - وليست قاعدة المصالح المرسلة - يمكن أن تشكل مصدراً من مصادر الشريعة الإسلامية، كما أن نظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة يمكن اعتبارها منضمتان تحت لواء هذه القاعدة^(٢) ولقد اعتبر فيترجيرالد قاعدة الضرورة والحاجة مصدراً من مصادر الشريعة^(٣).

مصدر تكبيلي :

ويظن الكثير من الناس، أن قاعدة الضرورة والحاجة إنما هي قاعدة محدودة التطبيق ولا يمكن أن تكون مصدراً من مصادر الشريعة إلا أنهم من السهل اثبات خطأ هذا الظن، وذلك أن

(١) قاعدة الضرورة والحاجة، ص ٤٩

(٢) نفس المصدر، ص ٥١

(٣)

هذه القاعدة متواجدة دائما لتغطية الحاجات والضرورات متى وأين نشأ (١).

وتلخيصا لهذا الموقف يقول الاستاذ محمد مصلح الدين :^{٣٠} ان القرآن والحديث يعتبران مصدرين اساسيين للشرعة أما القياس فما هو الا مصدرا ثانويا واذا ما دعم القياس بالاتفاق العام فانه يعتبر حينئذ اجماعا وكذلك مصدرا من مصادر الشرعة الذي يمكن توسيعه بدوره عن طريق القياس، وهكذا فان القياس والاجماع يعتبران مصدرين ثانوين للشرعة الاسلامية وبالإضافة الى هذه المصادر الأربعة تأتي قاعدة الضرورة والحاجة لتكميلها وهكذا فانه باستخدام ماقرره السلف الصالح من المصادر، بالإضافة الى قاعدة الضرورة والحاجة يمكن مواجهة كل الحالات والمسائل التي تعرض لها في حياتنا (٢).

مناقشة وتقويم : هذه هي وجهة نظر الدكتور محمد مصلح الدين فانه يحرص على الأخذ بقاعدة الضرورة والحاجة كمصدر خامس من مصادر الشرعة بدلا عن قاعدة الاستحسان والمصالح المرسلة أو الاستصلاح كما هو المصطلح عند الفزالي. ولكن هذا الرأي يحتاج الى مناقشة وتقويم من النواحي الآتية :

(١) قاعدة الضرورة والحاجة، ص ٥٥

(٢) المصدر نفسه، ص ٥٦

أولا لقد ذكر الدكتور في ضمن القاعدة كلمتي : الضرورة والحاجة ولكننا نرى أنه ليس هناك - محل الافراد كلمة الحاجة في بيان القاعدة لأن الحاجة المعتبرة شرعا هي الحاجة العامة، وهي التي تنزل منزلة الضرورة^(١) ولهذا تدخل في الاطلاق الواسع للضرورة كما سبق أن فصلنا القول فيه.

ثانيا أن قاعدة الضرورة هي قاعدة قطعية في الدين لا يخالفها أحد من الفقهاء حتى ابن تيمية الذي يشدد النكير على المصلحة كأصل شرعي ولكنه يقر بالضرورة كمبدأ عظيم في الشريعة الاسلامية^(٢) ورأينا فيما سبق أن المصلحة عند الغزالي تعنى المحافظة على مقاصد الشريعة الخمسة الضرورية، فهو يشترط في اعتبار المصلحة شرعا بأن تكون ضرورية أو حاجية عامة جارية مجرى الضرورية^(٣).

ثالثا أن الاستحسان والمصالح المرسله لهما مصدرين مستقلين في الشريعة الاسلامية، ولكنهما طريقتان من طرق الاجتهاد ولا شك في أن كلا منهما يرجع أو يستند الى أصل الضرورة أو الحاجة العامة البالغة مبلغ الضرورة كما سنرى تفصيلا فيما بعد.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص ١٢٧

(٢) فتاوى ابن تيمية، ج ٣، ص ٢٩٤

(٣) المستصفى للغزالي، ١/٣١٠، وشفاء الغليل، ص ٢١٥

مقارنة :

هذا هو موقف الشريعة الاسلامية حول حجية الضرورة وهو يختلف اختلافا جوهريا عن موقف القانون في اعتبار الضرورة كمصدر التشريع .

فالضرورة كما يقرر الفقه الالمانى تبيح بموجبها اجراءات غير مشروعة حسب النص القانونى على أساس حق السلطة أو الدولة فى السيادة فيمكن للدولة الخروج على القانون فى احوال الضرورة ولرئيس الدولة أخذا بحق الضرورة أن يعطل الدستور والقانون كما وجد ذلك ضروريا للدفاع عن أمن الدولة وسيادة نظامها العام والفقه الفرنسى أيضا يقرر بإمكان اصدار الحكومة لوامح الضرورة اذا وجد خطر داهم يمدد كيان الدولة^(١) فدفاع الدولة عن نفسها كدفاع الانسان عن نفسه ضد ما يتهدد به من أخطاره وبناء على ذلك أن القضاء الادارى فى مصر وسوريا اعترف بنظرية الظروف الاستثنائية كفكرة عامة تسمح للإدارة باتخاذ كافة الاجراءات والتدابير العاجلة الذى تملئها عليها ظروف قهرية لاتمهل للتدبير ولا تتحمل التردد كالحرب والفتنة والوباء والكوارث، كل ذلك دون أن تلتزم الإدارة أن تعمل فى اطار النظام العرفى^(٢)

(١) نظرية الضرورة الشرعية، ٣٠٣

(٢) نفس المصدر، ص ٣٠٤

ومع ذلك تحدث أحوالا لا تحيطها النصوص القانونية فتلجأ الدولة والى ترك هذه النصوص والأخذ بفكرة الضرورة تحقيقا للعدالة الطبيعية فبناء على ان القانون بنفسه يعترف باباحة ارتكاب الجرائم والمظهورات فى الأحوال الاستثنائية والظروف الطارئة للحفاظ على الضرورة الطبيعية وهذا هو جوهر نظرية الضرورة فى القانون .

ويستنتج من هذا أن الضرورة اعتبرت كمصدر التشريع فى القانون حتى أنها تمنع بؤلى الامر أو الدولة سلطة القيام بأعمال يحرمها القانون فى الاحوال العادية وتسمح للسلطة التنفيذية أن تأتي بتصرفات فى طبيعتها غير دستورية وتسمى هذه الضرورة بالضرورة العامة أو ضرورة الدولة .

أما الشريعة الاسلامية فهى كما رأينا لاتعترف بمبدأ الضرورة كمصدر مستقل للتشريع واساس هذا الاختلاف هو أن رجال القانون يعتبرون فكرة العدالة كمصدر خارج من القانون والعرف . والشريعة بعكس ذلك لاتقر بمبدأ العدالة خارجة عن الأدلة الشرعية بل هى من صميم التطبيق لاحكام الشرعية وليست مستقلة منها .

وبالتالى أن الضرورة من حيث كونها مصلحة اساسية فى الفقه الاسلامى تعد داخلة فى الادلة الاربعة الشرعية وقد

بسطنا الكلام فيه صدرا وهذا من الاضواء الالامعة والبراهين
الساطعة والحج الباهرة على افضيلة الشريعة الاسلامية وأرجيتها
من القوانين الوضعيه.

نظرة عامة

عرفنا مما سبق أن نظرية الضرورة هي نظرية متكاملة في الشرع وقاعدة قطعية في الدين لاثبتت بنص واحد بل بمجموع عدة نصوص علم بالاستقراء المفيد للقطع واليها ترجع جميع طرق الاجتهاد فيما لم ينص فيه بعينه حكم من النوازل وأهم هذه الطرق هي القياس، والاستحسان، والمصالح المرسلة أو الاستصلاح، والذرائع، والحيل الشرعية، والعرف والمادة، واستصحاب الحال، والترجيح بين المصالح المتعارضة، والتلفيق، والأخذ بأيسر المذاهب فهذه الطرق العشرة من طرق الاجتهاد ترجع الى نظرية المصلحة في النهاية وتعتمد على الأساس التي بنيت عليه هذه النظرية وهو أصل اعتبار المصالح في الأحكام ولا ريب أن أهم هذه المصالح هي الضرورة وفيما يلي نوجز الكلام عن مدى الارتباط بين الضرورة وطرق الاجتهاد المذكورة الأمر الذي يوضح لنا دور الضرورة في استنباط الأحكام .

الاجتهاد والضرورةالمصدر الاساسي في النظرية :

ان المصدر الاساسي في الشريعة الاسلامية هو القرآن الكريم وهو تنزيل من حكيم حميد يظل أبدا الدهر حتى يرث الله الأرض ومن عليها وهو يشمل على رسالة الهية آخرة للناس كافة الى يوم القيامة فانزل الله سبحانه وتعالى مبادئ الاحكام وأصولها التي

تيسر لنا الطريق الى الخير والفوز والسعادة في الدين والدنيا
 ويجتهد المجتهد في استنباط الأحكام الشرعية في ضوئها وفي هذا يقول
 الامام الشافعي في رسالته المشهورة : " فليست تنزل بأحد من أهل
 دين الله نازلة الا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها (١)
 وبعد ذكر الآيات الدالة على هذه الحقيقة يقول الامام الجليل :
 " كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة
 موجودة، وعليه اذا كان فيه بعينه حكم، اتباعه واذا لم يكن فيه
 بعينه، طلب الدلالة على سبيل الحق بالاجتهاد، والاجتهاد هو
 القياس (٢) .

كيفية اتیان القرآن بالأحكام التشريعية :

وعلى هذا، فورد في الكتاب العزيز الأحكام التشريعية
 العامة وهي تشمل الشئون المدنية والاجتماعية والدستورية
 وغيرها بمثابة القواعد الكلية لكل نوع من انواع التشريع
 يسترشدها المجتهدون عند وضع الأحكام التفصيلية ووردت في
 القرآن الكريم نصوص تدل على اقامة العدل ورفع الحرج ودفع
 المشقة واباحة المحرم عند الاضطرار وتشريع الرخصة، وهذه
 النصوص تذكر الكليات فقط وتسكن عن بيان جزئياتها ليكون
 اولو العلم القائمين بالقسط في سعة من تعيين جزئياتها أو

(١) الرسالة، ٤٨/٢

(٢) الرسالة، ٤٧٧ : ١٣٢٦، نظرية المصلحة ص ٢١٢

تبينها حسبما تستدعيه المصلحة والضرورة وتقتضيه حالة البيئة والزمان^(١).

مكانة السنة في التشريع :

أما السنة فهي تشمل أسوة الرسول صلى الله عليه وسلم في تطبيق نصوص الكتاب الكريم وهي تبينه وتفسره وتشرحه وتقيده مطلقه وتخصص عمومه وكذلك تشرع الأحكام في ضوء نصوصه كما تتضمن القواعد العامة الكلية مثل لاضرر ولا ضرار ولا تعسروا، والمسلمون عند شروطهم وغير ذلك من القواعد الكلية التي كانت وما زالت عوناً للفقهاء ونوراً للمجتهدين يهتدون بها في الاجتهاد والاستنباط المؤدى الى تحقيق المصالح المقصودة شرعاً.

ويتضح من ذلك أن هذه النصوص من الكتاب والسنة وافية بكل ما يقع من الحوادث ويجد من الوقائع فليست هناك واقعة تجد الا وفيها نص من الكتاب أو السنة يستدل به على حكم الله فيها غير أن هذا الحكم قد يؤخذ من لفظ النص أو من معقوله بطريق القياس، والقياس مرادف للاجتهاد عند الامام الشافعى كما أشرنا اليه سابقاً.

معنى الاجتهاد ومبناه :

والاجتهاد في اللغة مأخوذ من المجد وفي اصطلاح الشريعة هو

(١) أصول الفقه لشاكر الحنبلى.

بذل الجهد فى استنباط الحكم الشرعى فى حاشية أو واقعة لم يرد نص فيها والأصل فيه قوله تعالى (والذين جاهدوا فىنا لنهدينهم سبلنا) (١).

وحديث معاذ رضى الله عنه المشهور حينما بعثه الرسول صلى الله عليه وسلم الى اليمن سألهم بم تقضى يا معاذ! قال بكتاب الله، قال وان لم تجد، قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال فان لم تجد، قال اجتهد رأى ولا آلو (٢) أى لا أقصر قال الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى الله ورسوله، يعنى أقره الرسول صلى الله عليه وسلم على الاجتهاد فيما لم ينص فيه . وذهب جمهور المسلمين الى أنه جائز عقلا وشرعا وعندما تدعوا الحاجة اليه يكون واجبا وهو قول السلف من الصحابة رضى الله عنه والتابعين والائمة الاربعة وأكثر الفقهاء المتكلمين (٣).

نوعا الاجتهاد :

والاجتهاد نوعان : الاجتهاد الجماعى وهو الذى اتفق المجتهدون فيه على رأى فى المسألة والاجماع نوع منها وهو المصدر الذى يأتى بعد الكتاب والسنة من حيث قوته . والاجتهاد الفردى هو اجتهاد الفرد أو المجتهد والاجتهاد سواء أكان فرديا أو اجماعيا فان مرجعه واحد من أمرين :

- (١) سورة العنكبوت : ٦٩
- (٢) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر،
- (٣) أصول التشريع الاسلامى، لعلى حسب الله، ص ٨٢

أولهما - قياس الاشباه على اشباهها فاذا عرضت للمجتهد مسألة لم يرد فيها نص ولكن ورد في الكتاب أو السنة حكم حارثة تشبهها، فان عليه أن يقيس ماعرض له على ما نص على حكمه وفي ذلك قول عمر رضى الله عنه لأبى موسى الاشعرى رضى الله عنه : " أعرف الاشباه والامثال وقيس الأمور عند ذلك " (١).

ثانيهما - رعاية مصالح الخلق وتقرير ما يجلب لهم النفع والخير ويدفع عنهم الأذى والشر، وذلك حين لا يكون للحادثة الطارئة نظير ورد حكم في الكتاب أو السنة وهذا يرجع الى قياس أوسع مجالا من القياس المشهور عند الأصوليين ويسمى قياس المصلحة (٢).

اساس اباحة الاجتهاد :

وأساس اباحة الاجتهاد لدى الفقهاء المسلمين - كما اشرنا اليه انفا - هو الضرورة والحاجة، ذلك اذا كان الحكم موجودا في الكتاب والسنة فنرجع اليه أو نقيس الأمور على أشباهها فان لم يوجد فيها فيضطر الحاكم والمفتى الى الاجتهاد بالرأى الذى هو بمنزلة الميتة ولا يحل الا عند المصلحة كما قال الثعالبي والشافعي (٣) ولذلك كان الصحابة رضى الله عنه يكرهون الاجتهاد الفتوى ويسود كل منهم لو كفاه اياه غيره (٤) ونقل الامام ابو شامة عن البيهقي أن السلف كانوا يكرهون الاجتهاد قبل وقوع

(١) البيان والتبيين للجاحظ ، ٢ /

(٢) أصول التشريع الاسلامى ، ص

(٣) مختصر كتاب المؤمل لأبى شامة ، ص ١٤

(٤) التراتيب الادارية للكتانى ، ٢ / ٣٦٧

المسألة لأن الاجتهاد انما أبيح للضرورة ولا ضرورة قبل الواقعة (١) .

ولذا قرر بعض العلماء أنه يجب أن تكون ممارسة الاجتهاد عند الحاجة الماسة فقال الامام ولي الله الدهلوى :
 " وأن لا يقتحم فى الاجتهاد حتى يضطر اليه وتقع الحادثة فان الله تعالى يفتح عند ذلك العلم عناية منه بالناس ، وأما تهينه من قبل فمظنة الفلط (٢) . " . فيظهر من هذا أن الاجتهاد لايجوز الا للضرورة والحاجة الماسة اليه .

القياس والضرورة

مفهوم القياس ومستنده :

القياس هو أول طرق الاجتهاد وأقوى دعائمه وهو فى اللغة التقدير يقال قاس الثوب بالذرع اذا قدره به وفى اصطلاح الاصوليين هو الحاق ما لانص فيه بما فيه نص فى الحكم الشرعى المنصوص عليه الاشتراكهما .

فى علة هذا الحكم (١)

اساس القياس ، وارشاد القرآن والسنة عليه

وأساسه ادراك العلل والاسباب التى بنى الشارع عليها أحكامه واتخذها أساسا للحكم فى النظائر والاشباه فهو ميزان

(١) مختصر كتاب المؤمل ، ص ١٢

(٢) حجة الله البالغة - للدهلوى ، ١٣٧/١

(٣) علم أصول الفقه للخلاف ،

يعرف به حكم الحوادث التي لم يرد بها نص في الكتاب والسنة (١)
وقد أرشد القرآن الى المسالك التي يتوصل بها الى معرفة
علل مالم ينص على علته وبه استدل رسول الله صلى الله عليه وسلم
حينما سألته امرأة فقالت: ان أبى ابركته فريضة الحج شيخا زنا
لا يستطيع أن يحج أن حجبت عنه أينفعه ذلك فقال لها: أرايت
ان كان على ابيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك . قالت: نعم قال:
فدين الله أحق بالقضاء (٢).

وبه استدل الصحابة رضى الله عنه بعد وصال النبى عليه السلام
فانتخبوا للخلافة بعد أبابكر رضى الله عنه قياسا على استخلاف النبى
صلى الله عليه وسلم اياه فى امامة الصلوة حال حياته فقالوا: رضيه
الرسول صلى الله عليه وسلم لديننا أفلا نرضاه لديننا (٣).

مصلحة الشريعة والقياس:

ولما كانت الشريعة الاسلامية أساسها النظر فى مصالح
الناس وتحقيقها فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله لأنه سبحانه
ما أرسل رسلا ولا أنزل كتبه ولا شرع أحكامه الا لتحقيق مصالح
الناس وهذا ظاهر من استقراء أحكام الشريعة فان مرجعها الى جلب
المصالح ودرء المفاسد فاذا اعتبر الشارع مصلحة وشرع لها

(١)

(٢)

(٣)

حكما كان ذلك مبنيا على المصلحة، وليس معنى ذلك أنه لا تعتبر
 الا المصالح التي اعتبر الشارع جزئياتها لأن المصالح لا تنهى ولا تنهاى
 وتتجدد بتجدد الحاجات والبيئات.

دور القياس في جلب المصلحة :

فالقياس يستطاع معه مسايرة هذه الحاجات وما من مصلحة
 تتجدد الا ولها مصلحة تشبهها من بعض الوجوه قد راعاها الشارع
 بتشريع بعض الاحكام وما من مصلحة تجد الا وهى تندرج فى
 المصالح التى راعاها الشارع فى الجنس العام لمصالح الناس وهو
 جلب المصالح ودفع المفسد.

توسيع دائرة القياس :

وقد توسع الاصوليون من المصالح فقالوا: ان كل علة
 اعتبرت مظنة لمصلحة وبنى عليها حكم يصح أن يبنى عليها فى حادثة
 أخرى أى حكم من جنس هذا الحكم وهذا هو معنى الاستدلال المرسل
 عند المالكية والشافعية أو الاستدلال بملائم المرسل كما هو المصطلح
 عند الحنفية (١).

ترادف الاجتهاد والقياس :

وقد اوضح علماء أصول الفقه أسس القياس وحققوا قواعده
 يسهل الاستنباط والتعرف على الأحكام ممن أصبحت لديه أهلية الفتوى

(١) أصول الفقه لشاكر الحنبلى، ص ٢٨

والاستنباط للاحكام الشرعية وقد سوى الامام الشافعى بين الاجتهاد والقياس فى الرسالة لدى سوء الارباع له ما القياس أهـ الاجتهاد أم هما مفترقان قال الشافعى هما اسمان لمعنى واحد . قال فمجماعهما قلت كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم أهـ على سبيل الحرفيه بالاجتهاد والاجتهاد القياس (٢).

قياس المصالح :

فالقياس يتضمن عند الامام الشافعى رحمه الله قياس المصالح أو قياس المعانى كما عبر عنه امام الحرمين والفزالى وسفرى تفصيله فى معرض حديثنا عن الاستدلال المرسل وعلى هذا يطلق القياس بمعنيين : الضيق والواسع . فالقياس بمفهومه الضيق هو القياس التام أو القياس المطلق وهو قياس الاشباه على اشباهها كما أنه يطلق بمفهومه الواسع على قياس المصلحة، والقياس سواء كان مطلقا أو مصلحيا لا يجوز الا للضرورة كما قرر الامام أحمد (١).

دور العلة والمناسبة فى القياس

والقياس كما علمنا هو مبنى على العلل والمصالح فالعلة تلعب دورا هاما فى القياس ولها شروط ومالك أهمها المناسبة والمراد بالمناسبة الملائمة لمقاصد الشريعة ولهذا قسم علماء الاصول المناسبة الى ضرورية، فحاجية، كما فعلوا ذلك بالنسبة للمصالح والمقاصد،

(١) تاريخ التشريع الاسلامى ومصادره للمذكور، ص ٣٣ .

الضرورة : أهم العلل وأول المناسبات :

فالضرورة هي أول المناسبات وأهمها والقائس أو المجتهد يلاحظ أولا الضرورة في اجتهاداته وأقبيسته وخاصة اذا تعارضت فعليه أن يرجح الضرورة على الحاجة والتحسين . وبسط الغزالي الكلام فيه كما اسلفنا في شفاء الغليل^(١)

الاستحسان والضرورةاعتبار المصلحة في الاحكام :

قلنا أن القياس أساس المصلحة فحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، ولقد اعتبر الشارع في أحكامه ، المصالح الضرورية والحاجة والتحسينية - سواء أكانت الاحكام ابتدائية او استثنائية .

وجه الاستثناء وتسميته بالاستحسان :

وجه الاستثناء هو أن الشارع حينما يرى أن تطبيق الاحكام العامة الابتدائية يسبب في بعض الاحيان حرجا على الناس ويجعل الافراط في التمسك ويؤدي بالقواعد ، الى ظلم أو ضرر أو كما قال الغزالي ، كل ما تجاوز حده انعكس الى ضده^(٢) ، ولذلك اقتضى التيسير على الناس وعدم مراعاة الاحكام العامة في بعض الأحوال الاستثنائية رفعاً للضرر ودفعاً للمشقة وهنا هو مقتضى الضرورة والحاجة

(١) شفاء الغليل ، ص ٢١٥

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٥٩

العامة في درجة تبلغ مبلغ الضرورة ويسمى هذا الاستثناء استحسانا عند الحنفية والمالكية كذلك . وقد يكون هذا الاستحسان بالنص أو بالاجماع أو بالقياس الخفى أو بالضرورة .

انواع الاستحسان عند الحنفية :

أما معنى الاستحسان فهو في اللغة عد الشيء واعتقاده حسنا وفي الاصطلاح هو العدول عن موجب قياس الى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه^(١) ويعرفه الكرخي بأنه عبارة عن أن يعدل الانسان عن الحكم في المسألة بمثل ما حكم في نظائرها الى خلافه لوجه أقوى يقتضى العدول عن الاول^(٢) وهو عند السرخسي ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين^(٣).

الاستحسان عند المالكية :

أما الاستحسان عند المالكية هو تقديم الاستدلال المرسل على القياس^(٤) أى القياس المطلق ، فالاستحسان هو القياس . كما قال الشاطبي الذي يجب العمل به لأن العلة كانت علة بأثرها سموا ضعيف الأثر قياسا والقوى استحسانا أى قياسا مستحسنا وكأنه نوع من العمل بأقوى القياسين وهو يظهر من استقراء مسائلهم في الاستحسان بحسب

(١) كشف الأسرار ، ١١٣/٤

(٢) المرجع السابق ، ١١٣/٤

(٣) المبسوط ، ١٠ / ١٤٥ ، وأصول السرخسي ٢ /

(٤) الموافقات ، ٣٩/٢

النوازل الفقهية (١).

بناءً على ذلك فإن الاستحسان عمل بدليل شرعى وليس شرعا
بالهوى والتشهى كما فهم الذين رموا أبا حنيفة بأنه ترك النص
وأهمل الأدلة (٢).

وبه قال الامام مالك بحق أن الاستحسان تارة أشار المعلم
فان المفرق فى القياس يكاد يفارق السنة (٣).

موقف الشافعى من الاستحسان :

وقد رفض الأخذ به الامام الشافعى رحمه الله وقال : ان من
استحسن فقد شرع (٤) ورأينا أن الشافعى يصر الأدلة فى النص
والاجماع والقياس لم يدخل المصالح الكلية فى باب القياس ويسميه
أحد اتباعه قياس المعنى وسند الاستحسان فى الواقع هو رعاية
المصالح التى شهدت لها نصوص الشريعة سواء كانت هذه الشهادة
بنص معين أو بمقول نص معين أو بمقول جملة نصوص اجتمعت على
معنى واحد (٥).

مرجع الاستحسان : قاعده رفع الحرج والضرورة :

فالاستحسان ليس قولاً بالتشهى والهوى ولكنه يرجع الى
نصوص الكتاب والسنة بمجموعها والقواعد الكلية المتضمنة فيها
كقاعدة رفع الحرج والبسر والسهولة أو قاعدة الضرورة وهى قاعدة

- | | | | |
|-----|---------------------|-----|-------------------------|
| (١) | الاعتصام ، ١٣٨ / ٢ | (٢) | نظرية المصلحة ، ص ٢٨٦ |
| (٣) | الاعتصام ، ١٣٨ / ٢ | (٤) | الأم ، ٧ / ارشاد الفحول |
| (٥) | نظرية المصلحة ، ٥٩٨ | | |

قطعية فى الدين بحيث يباح بها المحظور ويخص بما عموم النص ويترك بها القياس ويستثنى بها من القواعد والاستحسان هو من أهم طرق تطبيقها .

المصالح المرسله والضرورة

الاستدلال المرسل : المناسب المرسل :

قد منا أن الاستحسان عند المالكية معناه يرجع الى تقديم الاستدلال المرسل على القياس^(١) أما الاستدلال المرسل فهو استدلال بالمصالح المرسله، والمصلحة المرسله - كما يقول الشاطبى - هى المصلحة التى لم يشهد لها نص معين ولكنها ملائمة لجنس تصرفات الشرع^(٢).

وبذلك يكون الشاطبى قائلًا بمجسية ملائم المرسل الذى عبر عنه الفزالى بأنه المناسب الذى يلائم تصرفات الشرع ولكن لم يشهد له أصل معين وليس قائلًا بالمصلحة بمعنى غريب المرسل الذى لا يلائم ولا يشهد له أصل معين^(٣). وهذه وجهة نظر الامام مالك رحمه الله نفسه .

المناسب المرسل :

وعلى هذا، فالمصلحة المرسله ترادف المناسب المرسل لا يخالف الاستدلال به أحد من الفقهاء عمليا حتى أن العلماء الشافعية

(١) الموافقات ٤ / ٣٩

(٢) الموافقات ٢ / ٣٩

(٣) نظرية المصلحة ، ص ٥٥

كالبيضاوى ، وابن السبكي ، والآمدي ، والزنجاني وإمام الحرمين ،
والغزالي يتفقون على أن الشافعي ممن يحتج بالمناصب المرسل
والمصالح المرسل.

استناد المصالح المرسل إلى كلى الشرع :

فيقول الزنجاني أحد أعلام الشافعية المتوفى في ٦٥٦ هـ في
" كتابه تخريج الفروع على الأصول " : ذهب الشافعي رضي الله عنه إلى
أن التمسك بالمصالح المستندة إلى كلى الشرع وإن لم يكن مستندا إلى
الجزئيات الخاصة المعينة ، جائز : والمصالح المستندة إلى كل الشرع
تعنى المصالح المرسل^(١).

المعاني المرسل :

ومثله يقول إمام الحرمين في كتابه البرهان في بحث
المصالح المرسل وبيان مذاهب العلماء في جواز الأخذ بها فقال :
إن الشافعي يأخذ بالمصالح المرسل إذا كانت شبيهة بالمصالح
المعتبرة ، ثم أقام الأدلة على مذهب الشافعي وقال بعد ذلك :
ومن تتبع كلام الشافعي لم يربطها بأصل ولكنه ينوط الأحكام
بالمعاني المرسل فإن عددها التفت إلى الأصول مشبها كدائبه
إذا قال طهارة فكييف تفترقان^(٢)

(١) نقله الدكتور حسين حامد حسان في نظرية المصلحة ، ص ٣٨

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٥٥

المناسب المصلحى :

فالاستدلال المرسل عند الشافعية كما يعرفه الفزالى يعنى به الاعتماد على المعنى المناسب المصلحى ويظهر فى الشرع من غير استشهاد بأصل معين^(١) ويقول فى المنحول : الباب الرابع فى الاستدلال المرسل وقياس المعنى وجعل المصلحة المرسله من باب القياس وسماه قياس المعنى مفرقا بينه وبين المصلحة التى شهد النص بعينها وهو نوع آخر^(٢).

اعتبار المصلحة المرسله فى الفقه الحنبلى :

ويعتبر المصلحة المرسله فى الفقه الحنبلى أيضا فيقول ابن دقيق العيد : الذى لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء فى هذا النوع دليبه أحمد بن حنبل ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره فى الجملة ولكن لهذين ترجيح فى الاستعمال لها على غيرهما^(٣).

القياس على الأصول :

أما اتباع أحمد الذين هموا أصول الاستدلال عنده فى النصوص ، وفتاوى الصحابة والآثار المرسله والضعيفة ، والقياس على واحد منها ، يقصدون القياس بمعناه الواسع الذى يشمل المصالح التى

(١) شفاء الفليل ،

(٢) نظرية المصلحة ، ص ٤٦٤

(٣) نقله الشوكانى فى ارشاد الفحول ، ص ٢٦٢

شهدت الاصول لجنسها بالاعتبار ولذلك لم ينكروا المصالح المرسلة بين أصول أحمد في الاجتهاد لأنها نوع من انواع القياس على الاصول أو هي قياس القواعد أو المصالح كما سبق بيانه من قبل .

مدى رفض المصالح المرسلة

وأما من صرح برفض المصالح المرسلة من الحنابلة فانما عفى المصالح الغريبة التي لا تشهد النصوص الشرعية لجنسها بالاعتبار، فان القول بهذا النوع من المصالح تشريع بالرأى من القائل به فلا تقبل ولقد رأينا أن الاتفاق قائم بين العلماء على رد المصالح الغريبة التي لا تلائم مقاصد الشرع (١).

راى أبى زهرة فى موقف الحنابلة من المصالح :

وفى اعتبار المصلحة المرسلة عند الحنابلة يقول الاستاذ ابو زهرة فى كتابه أحمد بن حنبل رحمه الله عنه : نقلنا لك الاصول التي ذكرها ابن القيم أنها أصول الاستنباط عند أحمد ولم يذكر المصالح فيها وليس عدم ذكرها دليلا على عدم اعتبارها ، بل ان فقهاء الحنابلة يعتبرون المصالح أصلا من أصول الاستنباط وينسبون ذلك الاصل الى امامهم جميعا... ولكنه لم يذكره عند أصوله لأنه يرى أنه داخل فى باب القياس الصحيح .

(١) نظرية المصلحة ، ٤٦٩

(٢) ابن حنبل ، ٢٩٧

الاحتجاج بملائم المرسل عند الحنفية :

أما الحنفية فانهم كذلك يحتجون بملائم المرسل وهو مناسب مؤثر عندهم ويشترطون في الوصف الذي يصلح أن يكون علة فوق مناسبة للحكم أن يكون مؤثرا فيه، ويعرفون بالتأثير بما يدخل المصلحة المرسله في المناسب المؤثر وبذلك تكون المصلحة المرسله حجة عندهم وان لم يصرحوا بذلك^(١).

علاقة المرسل الملائم بالمصالح المرسله :

وفيه يقول الكمال بن الهمام : فان لم يثبت الوصف مع الحكم أصلا فالمرسل ، وفيقسم المرسل الى ما علم الفناء وما لم يعلم اعتبار جنسه في جنسه وهو الغريب المرسل وهما مردودان باتفاق ... وما علم اعتبار أحدهما أى جنسه في جنسه وهو المرسل الملائم وعن الشافعي ومالك قبوله وهو المسمى بالمصالح المرسله وسنذكر أنه يجب من الحنفية قبول القسم الأخير أى الملائم من المرسل^(٢).

رأى الشوكاني في اعتبار المصلحة المرسله :

والخلاصة كما تكلم الشوكاني في ارشاد الفحول على مذاهب العلماء في المصلحة المرسله ان كانت ملائمة لأمل كلى من أصول

(١) نظرية المصلحة ، ٥٧٠

(٢) التقرير والتجسير ، ٨٣ / ١٥٩

الشرع أو لأصل جزئى جاز بناء الاحكام عليها والاغلا حكاه ابن
برهان فى الوجيز عن الشافعى وانه الحق المختار كما قال امام
الحرمين ذهب الشافعى ومعظم أصحاب ابى حنيفة رحمه الله تعالى
عنه الى تعليق الاحكام بالمصالح المرسله بشرط الملائمة للمصالح
المعتبرة المشهور لها بالأصول

تحقيق القرافى فى المصلحة المرسله :

وكذلك يصرح الامام القرافى المالكى فى التنقيح : والذى
جهل أمره هو المصلحة المرسله التى نحن نقول بها وعند التحقيق هى
عامه عند المذاهب ... لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات ولا
يطلبون شاهداً بالاعتبار ولا معنى المصلحة المرسله الا ذلك (٢).

المصلحة ليست اصلاً مستقلاً فى التشريع :

ولكن المصلحة المرسله كما علمنا - ليست أصلاً مستقلاً فى
التشريع كما يقول الفزالى : من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ
لأننا رددنا المصلحة الى حفظ مقاصد الشرع ومقاصد الشرع تعرف
بالكتاب والسنة والاجماع فكانت من المصالح الغريبه التى لا تلائم
تصرفات الشرع فهى باطله مطروحة ومن صار اليها فقد شرع ... وكل
مصلحة رجعت الى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصوداً بالكتاب

(١) ارشاد الفحول ، ٢٤٢

(٢) شرح تنقيح الفصول ، ١٧١

والسنة والاجماع فليس خارجا عن هذه الأصول لكنه لا يسمى قياسا بل مصلحة مرسله اذ للقياس أصل معين وكون هذه المعاني المقصودة عرفت لا بدليل واحد بل بأدلة كثيرة لاحصر لها من الكتاب والسنة وقرائن الأحوال وتفاريق الأمارات تسمى لذلك مصلحة مرسله^(١).

اشتراط الضرورة في تقديم المصلحة على النص :

وقد احتاط الفزالي - وتبعه الآمدى - في ترجيح المصلحة على النص خشية أن ينفتح الباب على مصراعيه فيتتابع الناس في اتباع المصالح وإهمال النصوص فاشتراط لتقديم المصلحة على النص أن تكون ضرورية وعامة ومقطوع بها أو مظنونة ظنا قويا وأوردنا هذا لذلك مثال الترس المشهور^(٢).

وأخيرا يقول الفزالي أن الاسترسال في هذا الباب حرج ونقول ان المصالح المرسله يجب أن تعتبر مادامت لا تعود على نص بالابطال وأن أبطلت أو خصت فلا تعتبر الا عند الضرورات الكلية المتيقنة^(٣).

وخلاصة قوله أن القول بالمصالح المرسله عند معارضتها لحكم شرعى مستفاد من نص أو اجماع محل نظر وتردد وهو يراها صالحة فلا اعتبار متى كانت ضرورية، قطعية، كلية^(٤). ولكن كما لاحظنا أن شرط الكلية ليس شرطا أساسيا وكما صرح استاذنا

(١) المستصفى ، ١ / ٣١٠ (٢) أصول التشريع الاسلامى ص ١٨٨
(٣) المستصفى ، ١ / ٣١١ (٤) أصول الفقه للخضرى بكه ص ٣١٥

الدكتور حسين حامد حان أن شرط الضرورة هو شرط جوهري
لاعتبار المصلحة المرسل^(١)، وباختيارها كذلك يرفع الخلاف بين
الفقهاء كما بينا من قبل.

الذرائع والضرورة

الحكمة من فتح الذرائع وسدها:

بما أن الشريعة الإسلامية تنهني على رعاية المصلحة
فالمصلحة تقتضى أحيانا كما رأينا من قبل . الاستثناء من القواعد
الكلية والأحكام العامة فيجوز أحيانا الشيء الذى كان فى نفسه
ممنوعا ولكن اذا التزم المكلف به وقع فى الحرج والمشقة أو لحق
به الضرر والمفسدة فالشريعة تعطى حكما استثنائيا متضمنا مشروعية
الفعل الممنوع ، وأحيانا تحرم الشيء الذى كان مباحا فى نفسه
ولكنه يؤدى الى مفسدة اعظم أو ضرر أكبر، وتسمى هذه قاعدة
الذرائع فى الفقه الإسلامى ، أما الأول فهو فتح الذرائع وأما
الثانى فهو سد الذرائع .

الذريعة فى اللغة والشرع:

والذريعة فى اللغة هى الوسيلة التى يتوصل بها الى
الشيء وهى فى الاصطلاح - كما ذكره ابن القيم - ما كان وسيلة
وطريقا الى الشيء والمقصود من الشيء^(٢) ليس هو العموم وإنما

(١) نظرية المصلحة ، ٤٥٣ (٢) اعلام الموقعين ٣ / ١٤٧

يفهم من قرينة الكلام التحدث عن الذريعة في الاحكام الشرعية
من طاعة ومعصية.

قول القرافي في الذريعة :

ويقول القرافي : اعلم ان الذريعة كما يجب سدها ،
يجب فتحها وتكره وتندب وتباح فان الذريعة هي الوسيلة
فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة كالسعى
الى الجمعة والحج وموارد الاحكام على قسمين : مقاصد وهي متفمنة
للمصالح والمناسد في انفسها ووسائل وهي الطرق البضية اليها
وحكمها وحكم ما افقت اليه من تحريم وتحليل غير أنها اخفض
رتبة من المقاصد في حكمها والوسيلة الى أفضل المقاصد أفضل
الوسائل والى ما يتوسط متوسطة^(١).

للولوسائل احكام المقاصد :

وفيه يقول شيخ الاسلام عز الدين بن عبد السلام ،
للولوسائل احكام المقاصد فالوسيلة الى أفضل المقاصد هي
أفضل الوسائل والوسيلة الى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل^(٢).

اعتبار المال والضرورة في الذرائع :

وقاعدة الذرائع عند الشاطبي ترجع الى اعتبار المآل

(٢) قواعد الاحكام ، ١ / ٤٦

(١) الفروق ، ٢ / ٢٢

وعبارته ان النظر فى مآلات الافعال معتبر مقصود شرعا^(١).
والقرا فى ذكر بعض الأمثلة على فتح باب الذرائع
كجواز دفع المال للمحاربين الكفار للتوصل الى فداء الاسارى
المسلمين وجواز دفع المال على سبيل الرشوة لدفع الظلم
وأخذ الحقوق وجواز دفع المال لدولة محاربة لدفع أذاها
وخطرها وذكر أيضا الأمثلة على سد الذرائع كتحریم النظر
الى النساء لأنه يؤدى إلى الزنا وتحریم بيع السلاح عند الفتنة
لأنه اعانة على العدوان وكمنع نكاح المسلم من كتابية فى
زمن عمر رضى الله عنه وسقوط الحد فى الفزو أو عام المجاعة
للضرورة .

الحيل والضرورة

منع الحيل : مراره و مفاهه :

رتب العلماء على أصل سد الذرائع منع الحيل فى الشريعة
الاسلامية وقد أبرز المنع ابن تيمية وابن القيم، أما تعريف
الحيل الممنوعة فهو تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال حكم شرعى
وتحو يله فى الظاهر الى حكم آخر^(٢).

مشروعية الحيلة للحاجة والضرورة :

ولكن الحيلة اذا كانت هى التحيل على قلب طريقة مشروعية

(٢) الموافقات ٤ / ٢٠١

(١) الموافقات ٤ / ١٩٤

وضعت لأمر معين واستعمالها في حالة أخرى يقصد التوصل الى اثبات حق أو دفع مظلمة أو الى التيسير بسبب الحاجة والضرورة فهذا النوع من الحيل لا يهدم مصلحة شرعية فهو أيضا جائز شرعا كجواز بيع الوفاء في بخارى^(١).

موقف ابن تيمية في ابطال الحيل وابطاحتها للضرورة :

وأبطل ابن تيمية كل الحيل التي تؤدى الى اسقاط حق أو تسويغ محرم أو اسقاط شرط حرمة الشارع لأن هذه المطلوبات واهمالها محرم وكل ما يؤدى الى المحرم، يكون محرما ولو كان في أصل ذاته مباحا وكذلك اذا كان غرضه أن يصل الى أمر محلل ولكنه لم يستطع الوصول اليه الا بأمر محرم فانه في هذا الحال لا يكون التمايل سألفا لأن المحرم الذى اتخذ وسيلة الى الحلال حرام لذاته كمن يتخذ الخيانة سبيلا للوصول الى حقه أو شهادة الزور سبيلا لاثبات حق فانه لا يسوغ لأن الخيانة حرام لذاتها وشهادة حرام لذاتها والمفسدة التي تترتب على فساد الشهادات وضياع الامانات أشد من المفسدة التي تقع بضياع حق مقرر لواحد من الناس فانه ان ساع الاستشهاد بالزور لاثبات حق فيستشهد بالزور لاثبات الباطل واذا ساع الخيانة للوصول الى الحق فيسوغها لنفسه من يريد لها لذاتها وبذلك يكون أمر الناس فوضى والحرام لذاتها لا يباح مطلقا ولا في أى حال الا للضرورة^(٢).

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم، ص ٤١

(٢) ابن تيمية لأبى زهرة، ص ٤٤٩

المعرف والضرورةالمعرف في الشريعة :

ان فقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف فهم متفقون على اعتبار المعرف بصفة عامة والاعتداد به في الاستنباط وتشريع الأحكام، والمعرف هو ما اعتاده جمهور الناس وألفوه من فعل شاع بينهم أو لفظ تنارفوا اطلاقه على معنى خاص بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره^(١).

حكمة مشروعية المعرف :

وتقرير مبدأ المعرف راجع الى أن المقصود من التشريع اصلاح حال الناس واقامة العدل بينهم وتلبية حاجاتهم ورفع الحرج والضيق عنهم فاذا لم يراع في تشريع الاحكام ما اعتاده الناس وما عرفه أهل العقول الرشيدة والطباع السليمة وقع الناس في الضيق والحرج وصارت الشريعة مجافية للفرض الذي بنيت عليه.

ولهذا نرى أن الشارع الحكيم يقرر الكثير من الامور المحبة التي تعارفها العرب قبل الاسلام بعد أن هذبها وأصلحها في باب الاصلاحات كالبيع والرهن والسلم والقسامة والزواج ومراعاة الكفاءة بين الزوجين وفرض الدية على عاقلة القاتل وغيرها.

(١) المدخل لزكي الدين الشعبان ، ص ١٩٣ ، والموافقات ٢ / ١٩٧

اعتبار العرف فى تشريع الاحكام :

وعلى هذا فان ما اعتباره الناس وتعارفوا عليه ولم يكن معطلا لنص او مناقضا لأصل شرعى قطعى وجبت مراعاته فى التشريع وعلى المجتهد أن يجعله نصب عينيه ولا يحيد عنه .

ويجب أن يلاحظ أنه كان من نتيجة اعتبار العرف فى تشريع الاحكام وبناء الفقهاء بعض الأحكام عليه ان اختلفت تلك الاحكام تبعاً لاختلاف العرف لأن تغير الأصل يستلزم تغير الفرع بالضرورة .

رعاية اختلاف العصر والزمان :

فوجدنا الفقهاء المتأخرين يخالفون الأئمة المتقدمين فى بعض ما حكموا به من فروع لها جدت الحاجة الى التعبير وهذا الاختلاف هو ما يقول فيه الفقهاء :

انه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان^(١).

ومن ثم فان العرف الصحيح المعتبر هو الذى يتعارض مع الاحكام الثابتة بالاجتهاد وسواء كان من الأئمة أو من اتباعهم تخرجنا على قوا عددهم فان العرف يقدم عليهم ولأنه كما يقول ابن الهمام انه بمنزلة الاجماع شرعاً عند عدم النص^(٢) ولأنه لا يعارضه نص خاص ولا عام مباشرة .

(١) المدخل للشعبان ، ص ١٩٦

(٢) التقرير والتجيز ،

تفسير الفتوى عند تغيير الزمن والأمكنة :

ولقد قرر هذا المبدأ كثير من الفقهاء بصراحة تامة فابن القيم يقرر في بحث تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد هذا فصل عظيم جدا وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به (١).

الجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين :

ويقرر القرافي في الفرق بين قاعدة العرف القولي والعرف العملي : فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجدد على المسطور في الكتب طول عمره بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك واسئله عن عرف بلده وأجره عليه وافقه به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقامد علماء المسلمين والسلف الماضيين (٢)

اختلاف الزمان بتغير العرف ولحدوث الضرورة :

وأخيرا وليس آخرا يقول ابن عابدين في رسالة نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف.

(١) اعلم الموقعين ٢٧٣

(٢) الفروق ، ١٧٧/١

كثير من الاحكام تختلف باختلاف الزمان بتغير عرف
 أهله أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان بحيث لو بقى
 الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس ولخالف
 قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ورفع الضرر والفساد
 ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا مانص عليه المجتهد فى
 مواضع كثيرة بناء على ما كان فى زمنه لعلمهم بأنه لو كان
 فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه (١).

الاستصحاب والضرورة

المراد بالاستصحاب وجيبته :

الاستصحاب هو استبقاء الحكم الثابت فى الزمان الماضى
 لمسئلة من المسائل على ما كان واعتباره موجوداً مستمراً الى
 أن يوجد دليل يغيره أو يرفعه. ولغة هى الملازمة وعدم
 المفارقة، وذهب المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية وبعض
 الحنفية الى أن الاستصحاب حجة يجب العمل به.

والاستصحاب يتضمن ابقاء الحالة على ما وقعت عليه لأن
 العرف جرى من القديم على أن الناس اذا تحققوا من وجود
 أو فى الماضى غلب على ظنهم بقاء ما لم يثبت ما ينافيه
 والفطرة تقضى باعتبار ما كان حتى يطرأ ما يغيره من وجود الى

(١) مجموعة رسائل ابن عابد بن ، ١٢٥/٢

عدم أو العكس ولأن الثابت باليقين ينفي أن لا يزول بالشك^(١).

موقف الحنفية من الاستصحاب :

أما أكثر الحنفية وبعض الفقهاء فقد ذهبوا إلى أن الاستصحاب لا يكون دليلاً على بقاء الحكم وإنما البقاء نفسه يحتاج إلى دليل جديد ولا يكتفى بدليل وجوده في الماضي^(٢). وقد اتجه المتأخرون من الحنفية إلى القول بأن الاستصحاب حجة دافعة لأحجة مثبتة أي أنه حجة لدفع ما يخالف الأمر الثابت بالاستصحاب وليس حجة على إثبات أمر لم يقد دليل على ثبوته.

الأخذ بالاستصحاب للضرورة :

والاستصحاب يعتبر آخر الأدلة التي يلجأ إليها المجتهد لمعرفة الحكم الشرعي وهو آخر مدار الفتوى يؤخذ به للضرورة.

التقليد والضرورة

التقليد : سنده وحكمه :

التقليد هو أخذ القول من غير معرفة دليله وهو واجب على غير المجتهد في الفروع قال تعالى : (فاستلوا أهل الذكـر

(١) الاحكام للآمدى ، ١٣/٢ ، نهاية السوال ، ٤ / ٣٦٦

(٢) تسهيل الوصول إلى علم الأصول للمحلاوى ، ص ٣٧ ، سلم الوصول بشرح نهاية السوال ، ٤ / ٣٧

ان كنتم لا تعلمون^(١) فالتقليد سائغ أو واجب للضرورة فاذا انتفتت الضرورة وجب نبذه .

موقف ابن عبد البر من التقليد :

قال ابن عبد البر فى قوله عليه السلام : يذهب العلماء ثم يتخذ الناس الروء ساء جهالا يستلون فيفتون بغير علم فيضلون ويضلون ، هذا نفى للتقليد وابطال له لمن فهم وهدى لرشده ، قال عبد الله ابن المعتز : لافرق بين بهيمة تنقاد وانسان يقلد وقال ابن عبد البر : أجمع الناس على أن المقلد ليس معدودا من أهل العلم وأن العلم معرفة الحق بدليله^(٢).

ضرورة التقليد :

ولكننا نرى أن هذه الأقوال مبنية على فهم خاطئ لأن معرفة الدليل بحيث يفيد الحكم لا تكون الا للمجتهد لتوقفها على معرفة سلا مته عن المعارض بناء على وجوب البحث عنه وهى متوقفة على استقراء الأدلة كلها ولا يقدر على ذلك الا المجتهد^(٣) فالتقليد تبقى ضرورة لكل من لا يقدر على الاجتهاد ولو كان من أهل العلم ، والضرورة تقدر بقدرها .

(١) نحل : ٤٣ (٢) الفكر السامى ١ / ٤١٢

(٣) شرح المطى لمجمع الجوامع ٢ / ٣٩٣

الترجيح والضرورةالترجيح لغة واصطلاحاً :

الترجيح فى اللغة التميل والتفليب يقال رجع الميزان أى مال وفى الاصطلاح هو عبارة عن فضل أحد المثلين عند البزدوى ولكنه معنى الرجحان لا الترجيح عند شارحه البخارى (١)

ومن المعلوم أن الترجيح اثبات الرجحان وعرفه البعض كالا سمنوى بأنه تقوية لاحدى الأمارتين على الأخرى ليعمل به (٢). وابن الحاجب والآمدى يعرفان الترجيح بأنه اقتصران الامارة بما تقوى به على معارضتها فى المال (٣).

دور الضرورة فى الترجيح :

والترجيح اما ان يكون بين النصوص أو بين الأقيسة وللترجيح طرق متعددة أهمها المناسبة والمصلحة فيقدم الوصف الذى هو مظنة لمصلحة ضرورية أمر من مكملات المصالح الضرورية على ما كان مظنة لمصلحة حاجية أو مكملها لزيادة تحقق المصلحة فى المقاصد الضرورية لم تخل شريعة عن مراعاتها والمبالغة فى حفظها وكذلك تقدم مصلحة حاجية على مصلحة تحسينية .

(١) كشف الأسرار ،

(٢) نهاية السؤل ، ٤ / ٤٤٥

(٣) شرح العضد على المختصر ، ٢ / ٣٠٩ ، والاحكام للآمدى ، ٢ / ١٧٤

وإذا تعارضت المصالح الضرورية قدم ما يحفظ أصل الدين نظرا لأهميته وتحقيق السعادة الأبدية به ثم ما يحفظ النفس ثم العقل ثم النسب ثم المال، وبعضهم يقدم مصلحة حفظ النفس على حفظ الدين ولكن العزيمة في ترجيح مصلحة حفظ الدين على حفظ النفس عند المحققين.

التلفيق والضرورة

المراد بالتلفيق:

التلفيق هوالاتيان بكيفية لايقول بها المجتهد ومعناه أن يترتب على العمل بتقليد المذاهب والأخذ في مسألة واحدة بقولين أو أكثر الوصول الى حقيقة مركبة لايقرها أحد^(١).

فالتلفيق هم اذن الجمع بين تقليد امامين أو أكثر في فعل له أركان او جزئيات لها ارتباط ببعضها لكل منها عام وخاص كان موضع اجتهادهم وتباين آراءهم فيقلد أحدهم في حكم ويقلد آخر في حكم آخر فيتم الفعل ملفقا من مذهبين أو أكثر.

مجال التلفيق:

ومجال التلفيق كمجال التقليد محصور في المسائل الاجتهادية الظنية، أما كل ما علم من الدين بالضرورة أي

(١) الضوابط الشرعية للأخذ بايسر المذاهب للزحيلي، ص ٣٢

بالبداهة من متعلقات الحكم الشرعى وهو ما أجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده فلا يصح فيه التقليد والتلفيق وعلى هذا فلا يجوز التلفيق المؤدى الى اباحة المحرمات كالنبيذ والزنا مثلاً^(١)

اختلاف العلماء حول التلفيق :

وان القول بجواز التلفيق يعتبر من باب التيسير على الناس ولكن كثيراً من العلماء يمنعون منه لأنه ربما يؤدى الى حالة لا يجوز عند أحد من العلماء والفقهاء بسبب الفوضى والاضطراب.

أما بعض العلماء فقد اشترطوا لجواز التلفيق ضرورة مراعاة الخلاف بين المذاهب ولكن البعض الآخر يجوز انه للضرورة.

جواز التلفيق :

وجزم ابن نجيم المصرى فى رسالته فى بيع الوقف بفين فاحش بأن المذهب جواز التلفيق^(٢) ونقل الجواز عن الفتاوى البزازية وجوزه ابن عرفة المالكي فى حاشيته على الشرح الكبير للمردير^(٣) ونسب القول الى العلامة المدوى ورجح جوازه الاسسوقى ايضا.

(١) نفس المرجح ، ص ٣٤

(٢) نقله الزهيلي فى الضوابط الشرعية ، ص ٣٧

(٣) الشرح الكبير للمردير نقلًا عن الزهيلي ، ص ٣٨

شروط التلفيق :

أما العلماء الذين يقولون بجوازه ليشترطون شروطاً معينة فيه وهي فيما يلي :

- (١) ألا يكون تتبع الرخص فيه عمداً بأن يأخذ الإنسان من كل مذهب ما هو الأخف عليه بدون ضرورة ولا عذر وهو محظور سداً لذرائع الفساد بالانحلال من التكاليف الشرعية.
- (٢) وألا يكون التلفيق مؤدياً أو مستلزماً لنقض حكم الحاكم لأنه حكمه يرفع الخلاف دونه للفوضى.
- (٣) ألا يكون التلفيق مستلزماً الرجوع عما عمل به تقليداً أو عن أمر مجمع عليه لازم لأمر قلده وهذا الشرط في غير العبادات، أما فيها فيجوز التلفيق ولو استلزم الرجوع عما عمل به أو عن أمر لازم لآخر إجماعاً ما لم يفض إلى الانحلال من رتبة التكاليف الشرعية أو إلى الذهاب بالحكمة الشرعية باقتراف الحيل المفايرة أو المضيعة لمقاصدها^(١).

التلفيق للضرورة :

وأصله كما رأينا مبدأ الأخذ بأيسر المذاهب وهذا يجوز عند كثير من العلماء ضرورة والخلاصة أن ضابط جواز التلفيق

(١) الضوابط الشرعية للزحيلي، ص ٤٠

وعدم جوازه هو أن كل ما أدى الى تقويض دعائم الشريعة
والقضاء على سياستها وحكمتها فهو محظور وخصوصا الحيل
المنوعة (١) وان كل ما يؤولد دعائم الشريعة وما ترمى
اليه حكمتها لصيانة مصالح الناس وتلبية حاجاتهم وضروراتهم
فهو جائز للضرورة.

(١) رسم المفتى فى حاشية لابن عابدين ، ١ / ٧٠

الباب الثاني

الضرورة كقاعدة فقهية

وفيه فصلان :

(١) شروط الضرورة

(٢) قواعد الضرورة

الفصل الاول :

شروط الضرورة

وفيه مباحث

- (١) ان تكون الضرورة ملحئة
- (٢) " " " قائمة
- (٣) " " " متعينه
- (٤) " " " مقدرة
- (٥) " " " مقيدة بزمن
- (٦) الا تكون الضرورة مخالفة لقواعد الشرع
- (٧) " " " متعلقة بحقوق الغير

يجب أن يلاحظ بأن أعمال نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية
لم تترك على عزائها بل أن أعمالها يكون مقيدة بالمعايير أو الشرط اللازمة
لاعتبارها ، فليس كل من ادعى الضرورة يسلم له ادعاه شرعا ، أول للضرورة حد
محدود ، وحالات معينة وضوابط دقيقة وشروط لازمة وقواعد محققة .
يفهم من هذا أن الضرورة لا تتحقق بمجرد الادعاء بل لابد من
ضوابط لها ، أو شروط فيها ، حتى يصح الحكم بها ، يستهدف من هذه الضوابط
والشروط تقييد الضرورة وتحديد معانها .
فالشروط التي يجب توافرها في اعتبار الضرورة شرعا لصحة اخذ الحكم
بها سبعة سنذكر كل منها في المباحث التالية على حدة .

المبحث الأول

الشرط الأول :

أن تكون الضرورة ملجئة

أما الشرط الأول الواجب توافرها في حالة الضرورة لاعتبارها شرعا فهو
أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى
منها تلف النفس أو الأعضاء (١) .
وهذا الاجاء قد يكون بفعل الغير كما في الاكراه ونحوه وقد يكون
بسبب داخل كالمرض أو المرض التي يكون فيها الانسان أو المجاعة العامة
أو الامراض الوبائية التي يكون فيها الناس .

(١) التشريع الجنائي الاسلامي للاستاذ عبد القادر عوده ٥٧٢ / ١

فهذا الشرط يقتضى انه اذا نزل بالإنسان احتياج ملجئ كالجوع
الميت يباح له اكل الميتة والاكل من مال اجنبى بغيره رضاه ونحو ذلك
من المنوعات وقت الرخاء والسعة الاختيار (١) .

بنأع على ذلك : لو خشى الهلاك جوعاً أو عطشاً أو غصصاً فى مكان ما
ولم يجد سوى الميتة أو الخنزير أو الخمر أو مال شخص اخير غير
مضطرب مثله جاز له ، بل وجب عليه أن يتناول منه لدفع الهلاك (٢) .
ولكن يقول الاستاذ مصطفى الزرقاء بأنه لا يشترط تحقيق الهلاك
بالامتناع عن المحظور بل يكفى ان يكون الامتناع مفضيا الى وعن لا
يحتمل أو آفة صحية (٣) .

وكذلك فى المرض يجوز التداوى بالنجاسات و الخمر على احد
القوليين ان كان المرض شديدا بحيث يخاف منه الهلاك أو الموت، ويجوز
التييم عند الخوف على نفسه أو على عضوه أو من زيادة المرض
أو ببطئة (٤) .

وكما تتحقق الضرورة بالمجاعة أو المرض تتحقق بالاكراه فيباح التناول
ولا يباح الامتناع ولو امتنع حتى مات أو قتل يؤخذ لأنه بالامتناع صار ملقيا
نفسه بالتهلكة وقد نهى عن ذلك (٥) وهذا اذا كان الاكراه تاما أو
ملجئا وهو الذى لا يبقى لشخص معه قدرة ولا اختيار بأن كان

(٢) الفقه الاسلامي فى ثوبه الجديد ٢ / ٩٨٩

(١) مرآة المجلة ص ٦

(٤) اشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٥

(٢) المردع السابق ٢ / ٩٦٠

(٥) شرح المجلة للاثاني ص ٥٨

التهديد بالقتل أو التخويف بقطع عضو من الأعضاء أو بحسب تهديد متوال يخاف منه التلف النفس أو العضو سواء قل الضرب أو كثر ، فإن هذا النوع من الإكراه يعدم الرضا و يفسد الاختيار تماما .

أما إذا كان الإكراه ناقصا أو غير ملجئ ، وهو ما يكون التهديد فيه بما لا يضر النفس أو العضو كالتخفيف بالحبس أو التقيد بالقيود والضرب اليسير الذى لا يخاف منه التلف أو بالتلف لبعض المال أو التهديد بحبس أحد الأصول والفروع أو الأخوة ما فى الإكراه الأدبى والمعنوى ، فإنه لا يحمل له أن يفعل المحرم .

المبحث الثانى : الشرط الثانى

أن تكون الضرورة قائمة

وأما الشرط الثانى الذى يجب توافرها فى حالة الضرورة فهو أن تكون الضرورة قائمة " لا منتظرة " (١) أو بمعبارة أخرى أن يحصل فى الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال . و ذلك بغلبة الشك حسب التجارب أو أن يوجد الخطر حالا على إحدى الضرورات الخمسة .

ويتتبع هذا الضابط أنه إذا لم يوجد خوف فى الواقع لم يجر للإنسان أن يخالف الحكم الأعلى (٢) . فليس للجائع أن يأكل الميتة قبل أن ينوع جوعا شديدا يخشى منه الهلاك .

(١) التشريع الجنائى الإسلامى ٥٧٧ / ١

(٢) نظرية الضرورة الشرعية ص ٦٦

وحالة الضرورة كما يعرفها السيوطي هي : أن يبلغ المرء حدا ان لم يتناول الممنوع غلث أو قارب (١) . وليس المراد بمقاربة الهلاك الاشارات على الموت ، و إنما يكفي لوصول المرء حالة الضرورة أن يخاف على نفسه الهلاك ولو غلثا (٢) .

وفيه يقول الزرقاني : " عند الاضطراب أن يخاف على نفسه الهلاك علما أو غلثا ، ولا يشترط أن يصير الى حال يشرع فيها على الموت (٣) .

المبحث الثالث :

الشرط الثالث

ان تكون الضرورة متعينة

أما الشرط الثالث لا اعتبار حالة الضرورة شرعا ، فهو أن تكون الضرورة متعينة ومعنى ذلك أنه لا يكون لدفع الضرورة وسيلة الا ارتكاب الجريمة فإنه يتعين على المضطر ارتكاب هذه الجريمة أو الفعل المحرم في الشريعة .

ويقتضى هذا الشرط انه اذا امكن دفع الضرر بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم ، فالجائع الذي يستطيع شراء الطعام ليس له ان يحتج بحالة الضرورة اذا سرق طعاما (٤) .

وكذلك يجوز دفع المائل للضرورة بشرط ان يكون الاعتداء حدا لا واقعما بالفعل لا مؤجلا ولا مهذدا به فقط ، بشرط ألا يمكن دفع الاعتداء

(١) الاشباه والنظائر ص ١٠٠
 (٢) الضرر و اثره في العقود ص ٦٠٠
 (٣) الزرقاني على المؤلف ١٥/٣
 (٤) التبريع الجنائي ١٥٧/٢

أو بطريق آخر، نادا امكنه ذلك بوسيلة أخرى كالاستدانة والاستدانة
برجال الامن، ولم يفعل فهو معتد (١) .

بناءً على هذا الشرط وضع بعض الفقهاء التدابير بالنجاسات
في حالة المرض لانه لا يتيقن حصول الشفاء بها، ولكنه يكفى غلبة
الظن بالشفاء بناءً على رأى اعمل العلم بالطب والملاح لأن غلبة
الظن معتبرة ففى الفروع والمعاملات و لأن ما لا طريقة الى معرفة
حقيقة يعتبر فيه غالب الرأى ، فالشرط لباحة تناولها عدم وجود
ما يقوم مقامها ، وبهذا الشرط يتعين تناولها طريقاً لحصول الشفاء
فى غالب الظن فيجوز تناولها لدفع ضرورة المرض، لأن غلبة الظن
بالشفاء بها يكفى (٢) .

المبحث الرابع :

الشرط الرابع

أن تكون الضرورة مقسدة

أما الشرط الرابع فهو أن تكون الضرورة مقسدة بقدرها . أى أن
تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها، لأن ما جاز للضرورة يقتصر فيه
على ما يزيل الضرورة فقط، فليس للجائع أن يأخذ طعام غيره الا ما
يرد جوعه (٢) .

(١) نظرية الضرورة الشرعية ١٤٢

(٢) حالة الضرورة فى الشريعة الإسلامية للشيخ عبد الكريم زيدان ص ٣٤

(٣) التشريع الجنائى الإسلامى ٥٧٧/٢

ولهذا اذا جاءت سرقة الرغيف للجائع فلا يجوز له سرقة قناطر الدقيق ولذا لم يجوز جمهور الفقهاء أكل لحم الميتة للجوعان الا بقدر ما ليسد المرسق خلافا للامام مالك الذى قال بأن ما يؤكل من ذلك حله الشبع والتزود حتى يجد غيره (١) .

وكذلك لو شهر رجل سلاحا على رجل ليلا أو نهارا فى مصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى غيره فقتله الشهور عليه عمدا وجبت الدية فى ماله دون القصاص ولكنه لو ضربه الشاهر ثم التصرف وكف عنه على وجه لا يريد ضربه ثانيا فقتله الشهور عليه قتل القاتل لأنه بالانصراف عادت عصته (٢) .

ومثل ذلك الولي المسلط على تربية الصغار فمأرضاعه وشراء المايوس والمطعموم لاجله غرورى يجب على الولي ذلك و لو أدى ببيع عقاره بخلاف مثل تزويجه الصغيرة فانه ليس من الضروريات وبهذا لا يزوجه غير الأب أو الجد عند عدمه الا من الكفو وبمهر المثل لحاجة اصلاح المعيشة بائتيك الحائز و التظاهر بالأصهار (٣) .

ومنها: تقبل شهادة النساء فى المجال التى لا يمكن اطلاع الرجال عليها وذلك بسبب الضرورة ولكن لا تقبل شهادة النساء فقط أى دون أن يكون منهن احد من الرجال التى يمكن اطلاع الرجال عليها لأن ما جاز للضرورة يقدر بقدرها (٤) .

(١) بداية المجتهد ٣٨١/١ - ٣٨٢ (٢) شرح المجله لسليم باز ص ٢٩ - ٣٠
(٣) شفاء الفصيل ص ١٦٦ (٤) شرح المجلة لسليم باز ص

أن تكون الضرورة مقيدة بزمن

و أما الشرط الخامس، فهو ان تكون الضرورة مقيدة بزمن ، على أن يمر فى رأى بعض الفقهاء على المضطر يوم و ليلة دون ان يجد ما يتناوله من المباحات ، وليس امامه الاطعام المحرم كما جاء فى الحديث النبوى الشريف لأن يأتى الصبح والغسق و لا يجد ما يأكله (١) .

والامام احمد لم يعترف بهذا الشرط وقال ان الضرورة المبيحة على التى يخاف التلف بها ان ترك الأكل من الحرام و ذلك اذا كان المضطر يخشى على نفسه سواء أ كان من جوع وانقطع عن الرفق فهلك أو يعجز عن الركوب فيهلك فلا يتقيد ذلك بزمن محصور (٢) .

ولكن الضرورة مقيدة بزمن من ناحية أخرى كما قال الحصانى : ان الترخيص للاضطرار أو الحكم الاستثنائى الذى يقتضيه يبقى مادام العذر أو حالة الاضطرار موجودة فاذا زالت هذه الحالة الاستثنائية زال الترخيص أو الحكم الاستثنائى ورجع الأمر الى القاعدة الاصلية، وبمعناه جاء فى الاشياء والنظائر والمجائع، والمجلة انما جاز لعذر بطل بزواله واذا زال المانع عاد المنوع (٣) ، وهذا من تطبيقات القاعدة العلمية أن النتيجة تقف بوقوف علمها (٤) .

(١) المبنى لابن قدامة ٥٩٥/٨

(٢) مجلة الاحكام العدلية المادتان ٢٣ - ٢٤ (٤)

ولو حجر على امرئ بسبب الجنون أو مرض الموت فالحجر يرتفع عنه برجوعه الى حال الافاقة أو الصحة - وكذلك لو تزوجت الام بأجنبي (غير محرم) سقط حقها بحضانة الاوداع الصغار ولكن اذا نسخ الزواج عاد حقها بزوال المناسخ (١) .

المبحث السادس الشرط السادس :

الا تكون الضرورة مخالفة لقواعد الشرع

أما الشرط السادس، فهو أن تكون الضرورة مخالفة لقواعد الشرع لأن ما خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضرورة (٢) .

وقال ابن نجيم: المشقة والحرج انما يحتسبان في موضع لا نص فيه ، واما مع النص بخلافه فلا ، ولذا قال أبو حنيفة في محمد رحمهما الله بحرمة رمي حثيث الحرم وقطعه الا الانذار وذكره الزيلعي في جنايات الاحرام و قال في الاحكام ان الامام يقول بتفليظ نجاسة الاورات لقوله عليه السلام انها ركس اي نجس ولا اعتبار عنده بالبلوى في موضع النص ، كما في بول آدمي فان البلوى فيه أعم (٣) .

وقيد الفقهاء الملاقاة قاعدة الضرورات بقيلهم: الضرورات تبيح المخطورات بشرط عدم نقصانها ، كما لو أكره انسان على القتل أو الزنا

(١) فلسفة التشريع ص ٣٠٧ (٢) قواعد الزركشي و ١٢٧ ب ناله الزيلعي

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٣ - ٨٤ ٦٧ - ٦٨

فلا يباح واحد منهما بالأكراه لما فيها من الفسدة التي تقابل أو تزيد على

حفظ مهبة الكره (٣) .

فلا يجوز للمضطّر قتل غيره المعصوم الدم ليدفع .

المبحث السابع :

الشرط السابع

الاتكـون الضرورة متعلقة بحقوق الغير

أما الشرط السابع فهو ألا تكون الضرورة متعلقة بحقوق الآخرين

كما جاء في القاعدة الفقهية القائلة: أن الاضطراب لا يبطّل حلّ النير (١) .

ومقتضى هذا الشرط أن الاضطراب يجلب الترخيص وأنه لا يبرر ضم

حق النير مثلاً لو جاز أكل مال الغير اضطراب لدفع الجوع لا يضمن أكل قيمة

الماكول عند الحنفية .

ولكنه اختلف عنه الإمام مالك والإمام أحمد في أحد قوليهما أن انهما

نفيا الضمان عن أكل مال الغير حبواً لوجوب المساواة وأحياها النفوس مع

القدرة على ذلك وبهذا قالت الظاهرية (٢) .

وقد اختلف في حكم من قتل جملاً أو حيواناً صائلاً لاجل دفع

اعتدائه ، فالحنفيون يقولون بتضمين القاتل قيمته ، ولكن باقى الأئمة

يخالفونهم في ذلك ، ويضمنون الضمان عنه ، ويستند هؤلاء إلى القاعدة التي

أوضحها ابن رجب وهي* أن من اتلف شيئاً لدفع أذاه له يضمنه وإن اتلفه

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٢) مجلة الأحكام العدلية المادة ٢٣

(٣) اعلام الموقعين ٨/٣ ، الفروني للقرافي ٩/٤ ، المحلى ٨ / ٢٢٠

المدفع اذاً نفسه (١) - وهذا كما نرى ، تفصيل فيه كثير من التدقيق والحكمة
والعدل (٢) .

وعنده الشروط أو الضوابط التي ذكرناها أنفاً تقيّد مفهوم الضرورة
وتحدد معناها والحق أن مفهوم الضرورة لا يستقيم إلا بمراعاة هذه
الشروط أو القيود وسوف يأتي التفصيل لبعض هذه الضوابط في بيان
القواعد التطبيقية للضرورة فيما بعد .

المبحث الثامن :

مقارنة:

ان القانون والاخلاق في نظر المشرع الوضعي يختلفان بحيث يجوز
الانسان ان يرتكب فعلاً غير مشروع للضرورة ، ولو كان هذا الفعل لا يلائم
الشرف والاخلاق ، وفي هذا المعنى قيل : الضرورة لا قانون لها (٣) - أما
في الشريعة هناك صلة وثيقة بين القانون والاخلاق وهذا يلزم أن يلاحظ
المقاصد الخلقية .

والظاهر أن نظرية الضرورة الطبيعية في القانون تمنح للانسان
حق حماية النفس والمال كما ادعى المتهمون في قضية انكليزية شهيرة سبقت
الإشارة اليها ، ولكن المحكمة لم تتفق معهم تماماً وإنما رأت أن هناك ضرورة
خلقه الى جانب ضروره طبيعية لا بد تحقيقها والدمل بمقتضاها ومن هنا
يظهر ان وجهة النظر القانونية في ان الضرورة لا تحيط اسما بالذات بالخلق

(١) الفوائد لابن رجب (القاعدة ٢٦ ص ٣) ، المغنى ١ / ٢٥٠ - ٢٥١

(٢) النظرية العامة للموجبات والمقنود في الشريعة الإسلامية للمحمدي ١ / ١٧٨ - ١٧٩

فلسفة التشريع له ص ٣٠٨ (٣) هذا في المثل الشرعي اللاتيني :

لهذه النظرية خلافا للشرعية الإسلامية حيث ترتبط فيها الضرورة الخلقية بالضرورة الطبيعية .

أما موقف القانون الوضعي في شروط اعتبار الضرورة فبعض هذه الشروط ترجع الى عين الفعل وبعضها يرجع الى ذات الفاعل - ولكن المشرع الوضعي لم يصرح بها في النصوص القانونية صراحة في حين أن القانونيين ذكرونها أثناء التشريعات والتطبيقات القانونية فلي هذا، هناك ثلاثة شروط لتطبيق حالة الضرورة:

(١) أن يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهدداً بخاطر حال سواء كان هذا الخطر يهدد النفس أو المال ، أما المسؤولية الحثائية فلا ترتفع الا اذا كان الخطر يهدد النفس .

(٢) الا يكون قرادة الشخص دخل في ايجاد هذا الخطر والا كان مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه للغير مسؤولية كاملة .

(٣) ان يكون الضرر الذي اريد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع بالشخص الذي يستولى على رءاء لا يملكه ، يعالج نفسه من مرض أسابه فتاوى خطر المرض اشد بكثير من الخسارة التي تصيب صاحب الدواء فالمرضى الذي استولى على الدواء يعتبر في حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية وان كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى

الاشرا بلا سبب (١) .

(١) نظرية الظروف الطارئة ص ٩١

ويشترط كذلك في اعتبار الضرورة لعذر شرعى فى القانون :

(١) بأن تكون الضرورة مطلقة أو كاملة

(٢) وأن تكون الضرورة ملحة أو طعنة

(٣) وأن تكون الضرورة وشيكة أو قريبة الحدوث

أى يتوقع فيها حدوث ضرر فاحش حالا (١) .

أما لتبرير الجريمة شرعا فلا بد من توافر الشروط الثلاثة عند نبتهم:

(١) أن تكون الضرر محققا .

(٢) وأن لا يكون هناك سبيلا آخر لدفع ذلك الضرر .

(٣) وأن تكون الجريمة ذريعة مؤثرة لدفع الضرر (٢) و زاد عليها بعض

القضاة .

(٤) بأن تكون الضرر الجرمية غير متجاوز للقدر اللازم لدفع الضرورة .

(٥) وأن تكون ذلك الفعل غير المشروع مقيدا بزمان الضرورة (٣) ولكن كل

هذه الشروط بحثت عنها والجت إليها فى أثناء تطبيق نظرية الضرورة

فى القضاء المحاكم الوضعية - أما فى الأصل فكانت الناحية بأن

الضرورة لا قانون لها .

أما الشريعة الإسلامية فانها تضمنت نظرية الضرورة فى محكم التنزيل

شذ فى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به

لغير الله فمن أتى به فإثم عليه) (٤) ويتلى على لوائى

(١) الاحكام القضائية الباكستانية العدد ٨٥٤ / ٢٦

(٢) قانون الجرائم () س ١٥٨

(٣) الاحكام القضائية الباكستانية العدد ٨٥٢ / ٢٦

التمس بأن الضرورة لا يبدل اعتبارها من الشروط الثلاثة على الأقل :

- (١) ان تكون هناك حالة اضطرارية أو طعنة .
 - (٢) ولا يكون الفاعل باغيا اى راضيا بارتكاب الفاعل غير المشروع .
 - (٣) وألا يكون الفاعل عاديا أو غير مرتكب للفعل أكثر مما تقتضيه الضرورة وليسر متجاوز لحدود الضرورة .
- وخلاصة القول : ان لإشريعة الإسلامية أقسوت بنظرية الضرورة في النصوص القرآنية التي تعد مصدرا أساسيا للتشريع الإسلامى ومع ذلك بينت الشروط اللازمة لتكون معايير ضرورية لاعتبار حاله الضرورة في الفقه الإسلامى .

قواعد الضرورة

وفيه مباحث

(١) لا ضرر ولا ضرار

ويتفرع عليها القواعد

- (أ) الضرر يدفع بقدر الامكان
- (ب) الضرر لا يزال
- (ج) الضرر لا يزال بمثله
- (د) يزال الضرر الاشد بالضرر الاخف
- (هـ) يختار اهلون الشرين
- (و) يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

(٢) المشقة تجلب التيسير

ويتفرع عليها :

الامر اذا ضاق اتسع

(٣) الضرورات تبيح المحظورات

ويتفرع عليها قواعد :

- (أ) الضرورة تقدر بقدرها
- (ب) ما جاز لعذر بطل بزواله
- (ج) الاضطرار لا يبيط حق الغير
- (د) الحاجة تنزل منزلة الضرورة

قواعد الضرورة

استمداداً من المبادئ العامة المقررة الشرعية كرفع الخس و ترك العسر ليسر و ازالة الضرر وعدم التكليف خارج الوسع والطاقة وتحقيق العدالة و رعاية المصلحة تبلورت عدة قواعد التي كونت أسس تطبيق نظرية الضرورة أو الظرف الاستثنائية في الفقه الاسلامي .

والواقع ان هذا القواعد تعتبر خططا تشريعية يلزم المجتهد العمل بمقتضاها في التشريع الاجتهادي ، توخيا لمقصد الشارع وتحريها للمصلحة - على مقصد الشارع - وعلا بضوابط المشروعات التي دل عليها استقراء الاحكام ، دراء للتعسف في الاجتهاد والعمل .

و أهمها القاعدة " لا ضرر ولا ضرار " والقاعدة " المشقة تجلب التيسير " والقاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " وكل واحدة من هذه القواعد تنفرع عليها قواعد أو ضوابط وتكتفى ههنا ببيان مفهوم تلك القواعد مع ذكر بعض نماذج تطبيقها وتترك البحث من حيث تفصيلاتها عند حالات الضرورة .

المبحث الاول : القاعدة الأولى

لا ضرر ولا ضرار (١)

هذه القاعدة بلفظها نص الحديث الشريف رواه أبو يعقوب الخدري و واخرجه الامام مالك في الموطا والامام احمد في المسند كما اخرجه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي والحساكم وقال انه على شرط مسلم . (٢) .

(١) مجلة الاحكام البدلية : الماده ١٩
 (٢) سنن ابن ماجه ، ٧٨٤/٢ ، سبل السلام للعسقلاني ٧٧/٢ ، نصب الراية للذيلعي ٨٤/٤
 المسند لابن حنبل ٢٨٦٤/٤ ، الجامع الصغير للسيوطي ٦٤٦/٣

معنى الضرر والضرار :-

والضرر عند النفع وهو ما يترتب على الفعل من نقص يلحق الإنسان من نفسه أو دينه أو عرضه أو ماله ، فالضرر الحاق مفسدة بالغير والضرار مقابلة الضرر بالضرر (١) ولهذا فسر الحديث في المفسر بانه لا يجوز للمرء أن يضر أخاه ابتداءً ولا جزاءً (٢) .

وقيل الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين ، والضر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه ، وقبل الضرر ما تضر به صاحبه وتنتفع به أنت . والضرار ان تضره من غير ان تنتفع به ، وعلى كل حال الحديث يعنى نفس ايقاع الضرر والذى بالغير سواء كان لرد الضرر اصيب به الانسان ام لم يكن كذلك (٣) .

الضرر غير المشروع :

والمراد من الضرر هو الضرر غير المشروع فقد يكون الضرر بمعنى الذى يصيب الانسان مشروعاً نحو قتل الجسد والمحكوم عليه بالاعدام او حجر القاضى على المدين الماطل فان هذا

(١) الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ٩٧١/٢

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧

(٣) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى لعبد الرحمن الصاوى ٢٠٩/٢

الضرر الذى يصيب المجرم ضرر مشروع ولا يستأجر لاحد ان يدعى امام القاصى برفع الضرر عنه لعدم عقوبته - والضرر المنفى فى هذا الحديث هو الضرر الذى لا يكون مشروعاً فانزال العقوبات الشرعية بالمجرمين ليس من الضرر المشروع لان فيه عدل و دفع الضرر اعم و اعظم .

نفى الشار المحسوس : وارىد بالضرار هنا نفى فكرة الشار المحسوس

الذى يزيد فى الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته لان الاضرار ولو على سبيل المقابلة لا يجوز ان يكون هدفاً مقصوداً وطريقاً عاماً وانما يلجأ اليه اضطراراً عندما لا تكون غيره من طرق التلافى ، و القمع افضل منه و انفع . فمن اتلف مال غيره مثلاً فلا يجوز ان يقابل باتلاف ماله لأن ذلك توسيع الضرر بلا منفعة و افضل منه تضمين التلّف قيمة ما اتلف فان فيه بتعويض المضرور وتحويل الضرر نفسه الى حساب المعتدى ، فانه سيان بالنسبة اليه اتلاف ماله واعطاؤه للمضرور لترميم الضرر الاول فاصبحت مقابلة الاتلاف بالاتلاف مجرد حماقة بخلاف الجناية على النفس والبدن ما شرع فيه القصاص لان هذه الجنايات لا يجمعها الاعقوبة من جنسها ، اما اتلاف المال فان التضمين فيه هو التسدببىر السديد (١) .

الضرر المنهسى عنه : والنهى الوارد عن الضرر شامل لما اذا كان الضرر مباشراً كمن يضرب انساناً او يسرق ماله او يخنعه حقه الذى عنده وشامل كذلك لما

(١) الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ٩٨٢/٢ - ٩٨٣

يترتب على فعل مشروع كالوصية التي يترتب عليها الاضرار بالورثة أو الدائنين والبيع الذي يترتب عليه الضرر بالجار (١) .

كما ان هذا الضرر يشمل الضرر الخاص والعام ويدخل في مفهومه دفع الضرر قبل الوقوع بطريق الوقاية الممكنة ورفع به بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره وتعدل ايضاً على وجوب اختيار اعمون الشرين لدفع اعظمها ، لان في ذلك تخفيفاً للضرر عندما لا يمكن منعه ببساطة اذن نقول ان نص الحديث ينفي الضرر نفياً ، يوجب منعه مطلقاً .

اهمية القاعدة : فهذه القاعدة كما قال الاستاذ مصطفى الزرقان اركان الشريعة وأساس لمنع الفعل الضار ، وترتيب نتائجه في التسوية المالي والدقوية كما انها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفسد وعلى عدة الفقهاء ، وعمدتهم وميزانهم في طريق تفسير الاحكام الشرعية للحوادث (٢) وهناك مجموعة من القواعد التفصيلية التي تنفرد على هذه القاعدة : مثل الضرر يزال والضرر يدفع بقدر الامكان - والضرر لا يزال بمثله ، والضرر الاشد يزال بالضرر الاخف ، و اذا تعارض مفسدتان روعى اعظمها بارتكاب اخفها ويختار اعمون الشرين ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، ودرء المفسد اولى من جلب المنافع حتى ان القاعدة : الضرورات تبيح المحظورات والقواعد المتشعبة عليها ، تنبى على هذه القاعدة ، كما سنوضحه وسنفضله فيما بعد .

(١) الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ٩٢٢ / ٢

(٢) مدخل الفقه الاسلامي ل استاذ احمد فهمي ص ١٥٤

الضرر يدفع بقدر الامكان (٦)

١ -

رفع الضرر قبل وقوعه : هذه القاعدة تعبر عن وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل الكافية الكافلة وفقا لقاعدة المصالح المرسلة والسياسة الشرعية لان الوقاية خير من العلاج ، وذلك بقدر الامكان ، لان التكليف الشرعى على حسب الاستطاعة (١) .

اساس مبدأ سد الذرائع : وكان تنفيذ الشريعة لهذا المبدأ قويا فعلا وظهر اثره فى كثير من التشريعات ، فان مبدأ سد الذرائع كله قائم على دفع ضرر متوقع ، فكل ما كان مفضيا الى ضرر يقينا او ظنا يمنع هذا الفعل دفعا للضرر بقدر الامكان (٢) .

ما يتفرع عليها : و ما يتفرع على هذه القاعدة هو : مشروعية الجهاد لدفع شراء الاعداء ، و ايداب العقوبات لقمع الاجرام وصيانة الأمن الداخلى و تجويز الشفعة لدفع ضرر سوء الجوار ، والحجر على السفينة لدفع ضرر سوء تصرفاته عن نفسه واسرته والحجر على المدين المفلس منعا لضرر الدائنين ، و اجبار الشريك على المساهمة فى نفقات تعمير العقار المشترك وبعض الخيارات فى العقود كما خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار التعيين فى البيع ، لحاجة بعض المشترين الى التسوى والاستشارة قبل البت .

(٦) مجلة الاحكام العدلية : المادة ٣١

(١) الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ٢ / ٢٧٥

(٢) مدخل الفقه الاسلامى لأحمد فهمى ص ١٥٥

معنى آخر لهذه القاعدة: وقال بعض من العلماء ان هذه القاعدة توفق تما ما
يقاعدة الضرورات تقدر بقدرها فالقاعدة تعنى بان الضرر يدفع شرعا فان
امكن دفعه بدون ضرر اصلا ، والا فيتمسك لدفعه بالقدر الممكن (١) .
فبناء على ذلك ، لو دخل سارق بيت رجل واراد مقاومته فيجب عليه ان
يسلك الطريق الاسهل اولا بالتهديد ان امكن أو الضرب بالعصا فان تأكد هذا
لا يجدى عينئذ له ان يستعمل السلاح اى عليه ان يدفع الضرر باقرب الوسائل
واقلمها ضررا (٢) .

تطبيقات القاعدة : ومن تطبيقات هذه القاعدة كذلك :-

- (١) لو امتنع الأب من الانفاق على ولده يحبس لدفع ضرر الهلاك عن الولد ،
مع انه لا يحبس لأجل دينه .
- (٢) ولو شهى على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه ان ست الضرورة لقوله صلى الله
عليه وسلم " من شهى على المسلمين سيفا فقد احل دمه ، لأنه باغ فلضرورة
دفع الضرر سقطت عصته " (٣) .
- (٣) ولل مضطر ان يأكل مال الفقير ، لكن عليه الضمان .
- (٤) ولو ظهر فى البيع عيب قديم ، وقد طرأ عليه عيب آخر عند المشتري
امتنع رده ، لكن يرجع بنقصان العيب (٤) .

(١) شرح المجلة للاتاشى ص ٧٢

(٢) المدخل لدراسة الفقه الاسلامى لعبد الرحمن الصابونى ٣١١/٢

(٣) مجمع الحقائق نقلا عن شرح المجلة للاتاشى ص ٧٢

(٤) مجلة الاحكام المدلية ، المادة ٣٤١

(٥) ويؤمر المحتكر للطعام عند شدة الحاجة بالبيع ازالة للظلم، لكن انما يؤمر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله، فان لم يفعل واصر على الاحتكار، ورفع الأمر الى الامام مرة اخرى وهو قصر عليه، فان الامام يحظره ويهدره، فان لم يفعل ورفع اليه مرة ثالثة يحبسـه ويمزقه زجرا له من سوء صنعه ولا يجبر على البيع وقال محمد يجبر عليه (٢) .

(٦) و ان الاجير الذى لعله اثرفى العين كالمصنع مثلا اذا حبسها لقيض الاجرة فهلكت يلزمه الضمان، لكن له الأجـر .

(٧) وان الغاصب يلزم عليه رد المصوب الى صاحبه فى مكان الغصب، لكن اذا هلك المصوب فى يده و استهلكه يلزم عليه ضمان مثله، ان مثليا وقبضه يوم الغصب ان قيما لانه حيث لم يمكن رد عينه كفى الضمان لهذا الوجه (٢) .

الضرر يزال (٢)

بـ

تعبير القاعدة : هذه القاعدة استقيدت من قاعدة : لا ضرر ولا ضرار وتعبر عن وجوب رفع الضرر وتروميم آثاره بعد الوقوع (٤) -

يعنى أنه يجب اعدام الضرر وازالته كقتل الحيوان الضار واسباب الامراض

(١) بدائع الصنائع كتاب الاستحسان

(٢) مجلة الاحكام العدلية المادتان ٨٩٠ - ٨٩١

(٣) مجلة الاحكام العدلية : المادة ٢٠ (٤) الفقه الاسلامي في شبه الجديد ٩٧٦/٢

والفئس ونحو ذلك من المضار كقناع الطريق والسرقات (١) .

ولما كان رفع الضرر أو ازالته قد لا يتأتى إلا بحدوث ضرر آخر فإن التعارض بينهما واقع، أى يتعارض الضرر المراد دفعه أو ازالته مع الضرر الناشئ عنها ولذا وضع الفقهاء احكاما فقالوا:

ان الضرر الذى يبرأ دفعه أو ازالته ، اما عام او خاص، فان كان خاصا فاما ان يكون أشد أو أخف أو ماثلا . ثم وضعوا لكل حال قاعدة ، و ان كان عاما وجب رفعه وتفرعت عن هذه القاعدة القواعد الآتية:

يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، و اذا تعارض مفسدتان روعى اعطىها ضررا بارتكاب اخفها ، ودرء المفسد مقدم على جلب المنافع .

حتى قال اصحاب القواعد بان القاعدة: الضرورات تبيح المخطورات والقواعد الأخرى المتعلقة بها تتفرع على هذه القاعدة (٢) .

و سندسح هذه القواعد بايجاز . نبين مدى صلتها بنظرية الضرورة و نورد امثلة لما جاء فى كتب الفقه تطبيقا لها .

والواقع ان قاعده الضرر يزال مبداء محكم تكفلت الشريعة بتطبيقه

(١) مرآة المجلة ص ١٦

(٢) الاثنياء والنظائر للسيوطى ص ٨٤ - ولايس نجيم ص ٨٧

الاحكام المبنية عليها : ويتبنى عليها كثير من اهباب الفقه : مثل السرور
 بالعييب وجميع انواع الخيارات ، والحجر بسائر اناعه ، والشفعة فانها للشريك
 لدفع ضرر القسمة وللجار لدفع ضرر الجار السوء ، والقصاص والحدود
 والكفارات و ضمان المتلفات ، والجبر على القسمة بشرطه ، والسياسة لدفع
 ضرر الشراكة ، و نصب الائمة والقضاة ودفع المائل و قتال المشركين
 والبغاة وما الى ذلك (١).

و من فروع ذلك : (١) عدم وجوب العمارة على الشريك وانما يقال لمريدها
 انفق واحبس الممين الى استيفاء قيمة البناء أو ما انفقته . فالأول ان كان
 بغير اذن القاضي ، والثاني ان كان باذنه و هو المعتمد (٢) .

(٢) و منه لوباع اغصان فرصاد ، والمشتري اذا ارتقى لقطعها يطلع على
 عورات الجيران ، يؤمر بان يخبرهم وقت الارتقاء ليستتروا مرة أو مرتين
 فان فعل فيها والا رفع الامر الى الحاكم لينميه من الارتقاء (٣) .
 (٣) و من فروعها العامة : البقاء الارض في يد السئاجر أجرا المثل اذا
 ما انتهت مدة الاجارة قبل استحصاد الزرع منعاً للضرر يصيب سئاجرا بقطع
 أو من الزرع قبل اوانه .

(٤) ومنها : ايجاب احترام الحقوق القديمة من منافع ومرافق وتصرفات
 مع انه لا توجد لدى اصحابها الوثائق المثبتة لأن في ازالتها اضرار (٤) .

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦ و للسيوطي ص ٨٤

(٢) شرح المجلة للاثاشي ٥٤

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧

(٤) الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ٢ /

الضرر لا يزال بمثله (١)

ج -

الحكمة من عدم ازالة الضرر بمثله : قدما ان الحديث الشريف لا ضرر ولا ضرار يدل على وجوب ازالة الضرر، ولكن لا تجوز ازالة الضرر باحداث ضرر مثله لأن هذا ليس ازالة (٢) ولأنه اذا كان في ازالة الضرر ضرر مثله فيكون ذلك عشا بلا فائدة (٣) .

فهذه القاعدة مقيدة للقاعدة السابقة يعنى ان الضرر لما كان واجب الازالة ، فاذالته اما بلا ضرر اصلا أو بضرر اخف منه ، واما ازالته بضرر مثله أو اشد فلا تجوز ، وهذا غير جائز عقلا ، لأن السمعى فى ازالته بمثله عبث (٤) .
 ويفهم من ذلك انه لا تجوز ازالته بضرر اعظم منه بحكم الاولوية فعينئذ هذه القاعدة مقيدة بقاعدة : يتحمل الضرر الذى يدفع الضرر العام . و اذا ازيل الضرر العام يتحمل الضرر الخاص لم يزل بمثله لأن الخاص ليس مثل العام (٥) .
عبارة ابن نجيم والسيوطى : وذكر ابن نجيم والسيوطى هذه القاعدة بعبارة : الضرر لا يزال بالضرر وعنى مقيدة لقولهم ، الضرر يزال ، أى لا بضرر فشانهما فان الأخص مع الأعم بل هما سميواً لأنه لو ازيل بالضرر لما صدق الضرر يزال (٦) .

-
- (١) مجلة الاحكام العدلية السادة ٢٥ (٦- الاشياء والنظائر والسيوطى
 (٢) الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد ٩٧٧/٢ ص ٨٦ ، و لابن نجيم ص ٨٧
 (٣) مرآة المجلة ص ١٨
 (٤) شرح المجلة للاتاشى ص ٩٣
 (٥) الحموى على الاشياء ص

ومن فروع هذه القاعدة :

- (١) عدم وجوب المصاراة على الشريك ، وإنما يقال لمريدها انفق واحبس العين الى استيفاء قيمة البناء او ما انفقته ، فأول ان كان بغير اذن القاضى والثانى ان كان باذنه وهو المعتمد .
- (٢) وعدم اجبار الجار على وضع الجذوع .
- (٣) ولا ياكل المضطر طعام مضطرا آخر ولا شيئا من بدنه .
- (٤) ولو مال حائط الى الشارع ، لم يجب اصلاحه .
- (٥) ولو سقطت جوة ، ولم تندفع عنه الا بكسرها ضمنها فى الأصح .
- (٦) ولو وقع دينار فى حبرة ، ولم يخرج الا بكسرها كسرت ، وعلى صاحبه الارش ، فلو كان بفعل صاحب الحبرة فلاشئ .
- (٧) ولو أدخلت بهيمة رأسها فى قدر ، ولم يخرج الا بكسرها ، فإذا كان صاحبها معها ، فهو مفرط بترك الحفظ ، فان كانت غير مأكولة ، كسرت القدر وعليه أرش النقص أو ما كولة ففى ذبحها وجهان و ان لم يكن معها فان فرط صاحب القدر كسرت ولا أرش ، وإلا فله الأرش .
- (٨) ولو التقت دابتان على شاهق ولم يمكن تخليص واحدة الا بأتلاف الاخرى لم يفوت واحد منهما ، بل من ألقى دابة صاحبه وخلص دابته ضمن (١) .

(٩) ولو سقط على جريح فان استمر قتله ، و ان انتقل قتل غيره ، ف قيل : يستمر لأن الضرر لا يزال بالضرر ، وقيل يتخير للاستواء . وقال الامام الشافعي لاحكم فيه في هذه المسئلة .

(١٠) ولورعن المفلس المبيع او غرس او بنى فيه ، فليس للبائع الرجوع في صورة صحة الرهن ، لأن فيه لضرارا بالموتدين ، و لا في صورة الغرس ويقتضى الغرس والبناء للمفلس لانه ينقص قيمتها ، ولا يضر بالمفلس والغريب (١) .

(١١) ولو اكراه على قتل المسلم مثلاً ، لا يجوز لأن هذا ازالة الضرر بضرر

(١١) ولو اكراه على قتل المسلم مثلاً ، لا يجوز لأن هذا ازالة الضرر بضرر مثله ، بخلاف اكل ماله ، فانه ازالة الضرر بما هو اخف .

(١٢) واذا حدث في المبيع عيب عند المشتري ، ثم ظهر فيه عيب قديم كان عند البائع ، فليس للمشتري ان يرده على بائعه بالعيب القديم لأن الضرر لا يزال بمثله ، بل له الرجوع بنقصان العيب فقط (٢) - فيدفع بقدر الامكان وهذا اذا اختلف الضررين .

(١٣) ولو كان البناء على ساحة مخصصة ، وقيمة البناء اكثر ، عليها الباني (٣) .

(١٤) ولو ابتلعت دجاجة لولوة أو ادخل البقر رأسه في قدر أو اودع فميلاً فكسر في بيت المودع ، ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار يضمن صاحب الاكثر قيمة الاقل (٤) والحاصل ان الضرر ما ازيل بمثله بل بقدر الامكان ازيل باخف منه .

-
- (١) الاشياء والنظائر للسيوطي ص ٨٦
 (٢) مجلة الاحكام العدلية (المادة ٣٤٥)
 (٣) تنوير الابصار و شرحه ص
 (٤) رد المختار ص شرح المجلة للاتاشي ص ٦٤

الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (١)

د -

اختيار اخف الضررين : فهذه القاعدة تبنى على اساس اختيار اخف الضررين ومفادها أن المرء اذا خیر بين امرين وفى كل منهما ضرر فعليه ان يختار اخفهما دفعا للأشد منهما .

(٢)

ويلاحظ ان القاعدة تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من سابقها

يعنى ان الضرر انما يزال اذا لم يتأت من ازالته ضرر مثله أو أشد الا فاذا دار الامر بين ضررين فتحمل الاخف لا زالة الأشد (٣) .

أصلها في السنة : روى السنة أصل هذا النوع ضمن ذلك ما روى ابو داود عن سمرة ابن جندب أنه كان له عذق من نخل فى حائط رجل من الانصارو مع الرجل اهله وكان سمرة يدخل الى نخلة فيتأذى به وشق عليه فطلب اليه أن ينقله فأبى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فطلب اليه أن ينقله فأبى قال للأنصارى ولك كذا وكذا امرا رغبة فيه فأبى فقال صلى الله عليه وسلم انت مضار ثم قال للأنصارى اذهب فاقطع نخله ، والعذق بفتح العين النخلة فلما كان ضرر بقاء نخلة سمرة أشد من ضرر قطعها اجبره النبي صلى الله عليه وسلم بالقطع ازالة للضرر الأشد - بعد - أن رفس حلولا اخرى ربما كانت انفع له - وعلل الحكم بالضرر (٤) .

(٢) الفقه الاسلامى فى شعبة الحديد ٢ / ٩٧٧

(١) مجلة، صام لمدية : الماده ٢٧

(٤) مدخل الفقه الاسلامى ص ١٥٩

(٣) شرح المجلة للاتاوى ص ٦٨

تطبيقات القاعدة:ومن امثلة هذه القاعدة:

- (١) فرس النفقة لفقراء على الاغنياء من اقاربهم .
- (٢) وطرح الحال لسلامة النفوس عند اشراق السفينة من الفرق .
- (٣) وشق بطن الميت اذا بلغ ما لا أو كان في بطنها ولو ترجى حياته .
- (٤) ورمى الكفار اذا تنسوا النساء والصبيان أو باسرى المسلمين .
- (٥) وحبس الأب لو امتنع عن الانفاق على ولده بخلاف الدين .
- (٦) وجواز دخول بيت غيره اذا سقط ستاعه فيه و خاف صاحبه أنه لو طلبه منه لاختفاه .
- (٧) وجواز الظفر بجنس حقه (١) .
- (٨) و لو احاط الكفار بمسلمين ، ولا مقاومة بهم جاز دفع المال اليهم وكذا استنقاذ الاسرى منهم بالمال اذا لم يمكن لغيره لأن مفسدة بقاءهم في ايديهم واصطلامهم للمسلمين اعظم من بذل المال (٢) .
- (٩) ولو غصب ساحة الى خشبة ادخلها في بنائه ، فان كانت قيمة البناء اكثر يملكها صاحبه بالقيمة وان كانت قيمتها اكثر من قيمته لم ينقل حق المالك عنها .

وانتاهت الحاجة لسوائرها ، والبرهان اكثر مما في قيسن سائرها

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨

(٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ص

(١٠) ولو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ، ينظر الى اكثرهما قيمة فيمن عاحب الاكثر قيمة الاقل وعلى هذا لو ادخل فصيل غيره في داره فكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار ، وكذا لو ادخل البقر رأسه في قدر من النحاس يتمم نذر اخراجه .

هـ - اذا تعارض مفسدتان روعى اعظمهما بارتكاب احفهما (١) .

و - يختار اهون الشرين (٢) .

هاتان القاعدتان في معنى القاعدة التي قبلهما وما يتفرع عليهما (٣) .

والاصل فيها - ان من ابتلى ببلتين وهما متساويتان ياخذ بأيهما

شاء وان اختلف يختار اهو نهما لان مباشرة الحرام لا يجوز الا للضرورة

ولا ضرورة في . حق الزيادة (٤) .

فاذا تعارض مفسدتان يختار اهونها والراد بالفسد هنا بالنهي الشارع

لما فيه من الفساد فهي شاملة للمعاصي وللضرر بالمعنى المتقدم وأتى بها هنا

لاتفاقها مع القاعدة السابقة في الحكم وشمولها ببعض جزئياتها والدمل بالفسد

حرام لكنه ارتكب عنها للضرورة (٤) .

(١) لو تتعرض اعدائنا باسرانا نرمي بقصد الاعداد .

(٢) وانه يجب أن يستعملان بمن ياخذ المال على من يقتل النفوس مثلا

و يتفرع عنها .

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ٢٨ (٣)

(٢) (٤)

- يجوز شق بطن المرأة الميتة لخراج الجنين اذا كانت ترجى حياته .
- (٣) ويجوز السكوت عن انكار المنكرات اذا كان يترب على انكارها حررا اعظم (١)
- (٤) ولا يجوز لانس ان يلقي بنفسه الى التهلكة لكن اذا وقع بين امرين احدهما اعون من الآخر ما لو هدد بالقتل على ان يرمى بنفسه من مكان مرتفع من الارض مقدار اربعة اذرع مثلا يجب عليه رمي نفسه لاحتمال النجاة - فيختار اعون الشرين (٢) .
- ولو هدد اما بالقتل وا اما بأن يرمى نفسه من مكان عال كالمنارة فعلى قول الامام الاعظم رحمة الله له الخيار ، يكون المفسدتين متساويان .
- (٥) ولو ادخل ثور رجل راسه في جب اخر ولا يمكن الفصل الا بكسر احدهما ينظر الى قيمتها فيملك صاحب الاكثر بقيته (٣) .
- (٦) اذا اندك الجبل بما عليه في الحديقة على حديقة رجل في اسفل الجبل يرد باقل قيمتها صاحب الاكثر ويملكها (٤) .
- (٧) لو كان رجل له جرح لو سجد سال جرحه يومى ويصلى قاعدا لان ترك السجود اهلون من الصلاح مع الحدث .
- (٨) ولو كان الشيخ لا يقدر على القراءة قائما ويقدر عليها قاعدا يصلى قاعدا ، لانه لا تجوز حالة الاختيار في النفل ولا يجوز ترك القراءة بحال .

-
- (١) الفقه الاسلامي في شويه الجديد ٩٧٨/٢ (٣) مجلة الاحكام الدلية (الماد ٦٠٦)
- (٢) شرح المجلة للاتاعى ص ٦٩ (٤) شرح المجلة سليم باز ص ٣٢
- (٤) قال انقرى في الغصب ونقله في مراة المجلة ص ١٩

(٩) ولو ان امرأة لوصلت فائمة يتكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة ولوصلت

قاعدة لا ينكشف منها شيء * فانها تملئ قاعدة ، لان ترك القيام اهون . (١)

(١٠) ولو قال له لتلقين نفسك في النار أو من الجبل أو لاقتلك : وكان الالتقاء

بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار ، ان شاء فعل ذلك ،

وان شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل * عند ابي حنيفة رحمة الله لانه ابتلى

ببليتين فيختار ما هسو الاهون في زعمه . وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك

لأن مباشرة الفعل سعى في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه ، واصله ان

الحريق اذا وقع في سفينة وعلم انه لو صبر فيها يحترق ولو وقع في

الماء يغرق * فعنده يختار ايهما شاء . وعندهما يصبر ثم اذالقى

نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص ، بخلاف ما اذا قال له

لتلقين نفسك من رأس الجبل أولا قتلتك بالسيف فالقى نفسه فمات . فعند

ابي حنيفة رحمة الله تجب السدية وهي مسألة القتل بالمثل (٢) .

يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (١)

ز -

لما ذا يتحمل الضرر الخاص: الاصل ان الضرر لا يزال بالضرر، ولكن كما قال ابن السبكي يستثنى من ذلك ما لو كان احدهما اعظم ضررا (٢) . فاذا كان احد الضررين عاما و الآخر خاصا، فيتحمل حينئذ الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

وايضاح ذلك ان الانسان ما ذون له ففى تصرفاته التى تجلب له مصلحة أو ترفع عنه فسادة، وان منع من هذه التصرفات ضرر خاص لاحق به ولكن قد ينشأ عن تصرفه ضرر عام يلحق المسلمين او قطرا من اقطارهم أو جماعة عظيمة ويغلب الظن بوقوعه فعند ذلك يمنع الانسان من هذا التصرف وعليه ان يتحمل ضرره الخاص به دفعا للضرر العام (٣) .

ويتفرع على هذه القاعدة : جواز تدخل الدولة و اولى الامر فى حياة الافراد، لكما كان الامر يسود الى المصلحة العامة ومن امثلة ذلك :

(١) جواز الرضى الكفار تتبرسوا بالمبيان المسلمين لدفع ضرر زحفهم على السموم .

(٢) وجوب نقض حائط مطوك مائل الى طريق العامة على مالكه دفعا للضرر العام .

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ٢٦ لآتى (٢٥ ص)

(٢) الفتاوى الخانية (بهامش الهندية) ٢٤٣ / ٣ والاشباه لابن نجيم ص ٨٧

(٣) مدخل الفقه الاسلامى ل احمد فهمى ص ١٥٧

- (٣) التسمير بسعر معتدل بمعرفة اهل الخبر عند تعدي ارباب الطعام
في بيعة بغبين فاحش دفعا للضرر العام .
- (٤) جواز الحجر على العاقل البالغ الحر عند ابي حنيفة رحمة الله فـسـى
ثلاثة المفتى الماجن والطبيب الجاعل والمكاري المفلس دفعا للضرر
العام في الدين والنفوس الاموال .
- (٥) بيع طعام عند الحاجة جبرا اذا امتنع .
- (٦) بيع مال المديون الحبوس عندهما لقضاء دينه دفعا للضرر عن اضراره .
- (٧) بيع طعام المحتكر جبرا عليه عند الحاجة و امتناعه من البيع دفعا
للضرر العام .
- (٨) منع اتخاذ حانوت للطبخ بين البزازين وكذا كل ضرر عام (١) .
- (٩) هدم البيوت المجاورة للحريق منعاً لسرايته (٢) .

(١) الاشياء والنظائر لابن نجيم
(٢) مجلة الاحكام العدلية (المادة ٩١٩) شرح المجلة للاتاشي ٢٩ شرح المجلة
لسليم باز ص ٣١

ح - درء المفسد اولى من جلب المنافع (١)

معنى القاعدة: معنى القاعدة ان درء المفسد اى رفعها وازالتها اولى من جلب المنافع . فإذا تعارض مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً (٢) لأن رفع اسباب الامراض اولى من جلب الادوية مثلاً فالتخلية قبل التحلية (٣) .

الحكمة من درء المفسد: ودفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة فى الداليل لأن للمفسد سرياناً وتوسعاً كاللواء والحريق . فمن الحكمة والحزم القضاء عليها فى مهدها ، ولو تترتب على ذلك حرمان من منافع او تاخير لها (٤) .

اصل القاعدة: ومن ثم كان اعتناء الشرع بالمنهيات اشد من اعتناؤه بالامورات ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : اذا امرتكم بامر فأثروا منه ما استطعتم و اذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه (٥) . ولهذا جاز ترك الواجب دفعاً للمشقة ، ولم يباح فى الاقدام على المنهيات خصوصاً الكبائر (٦) .

ومن امثلة هذه القاعدة:

- (١) منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو أن فيها ارباحاً ومنافع اقتصادية .
- (٢) ومنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقر نساء جاره ولو كان فيها منفعة .
- (٣) ومنع كل جار من التصرف الذى يفسد بجيرانه نحو اتخاذ معصرة او فرن يؤذي الجيران بالرائحة او الدخان (٦) وكذلك .

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ٣٠ (٣) مرآة المجلة ١٩
 (٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ٨٧ ولا بن نجيم ٩٠ (٤) الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ص ٩٧
 (٥) الاشباه والنظائر للسيوطي ١/٧ ، ولا بن نجيم (٦)

- (٤) الحجر على الطبيب الجاهل ونحوه .
- (٥) ومنع الاحتكار والتعدي في الاسعار كما تقدم (١) .

(١) النسخة الاسلاية في كتيب الجريد / ١ / ٩٨٠

المشتقة تجلب التيسير (١)

هذه القاعدة من القواعد الفقهية الكبرى التي يبنى عليها التشريع الاسمي ويتخرج عليها جميع الرخص والتخفيفات الشرعية و قال القاضي الحسين : ان هذه القاعدة من القواعد الاربع التي كان يبنى الفقه عليها (٢) .

اصل القاعدة وادلتها :

والاصل فيها ان في المشتقة احراجا والخرج مرفوع عن المكلفين بما جاء في الآية (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (٢) و الآية (يريد الله بكم اليسر ولا يتم العسر) (٤) وقد وردت احاديث كثيرة في هذا الموضوع منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم (بعثت بالحنيفية السمحة) اخرجه احمد في مسنده عن حديث جابر وفي مسند الفردوس في حديث عائشة والطبراني والبيهقي وغيرهما عن ابن عباس و رواه الطبراني في الاوسط عن حديث ابي هريرة ، ومنها ما رواه الشيخان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (انما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين) (٥) .

مفادها :

وهذه الادلة تبين يسر الشريعة وساحتها وانها لم توضع للمشقة ولا عنات وانما وضعت للرفق والتيسير .

-
- (١) مجلة الاحكام المدلية المادة ١٧ (٣) سورة الحج ٧٨
 (٢) جمع الموامع مع شرح الحل وحاشيته (٤) سورة البقرة ١٨٥
 لبناني ٢٨٣/٢ (٥) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٨١ .

و لهذا نرى ان كثيرا من الاحكام الشرعية انما سبغت التفسير الى
المباد ولولا ذلك لعظمت المشقة واشتد الحرج .

معنى المشقة :

والمشقة فى أصل اللغة من قولك : شق على الامر يشق شقا
ومشقة اذا اتعبك ومنه قوله تعالى (وتحمل اثقالكم الى بلد لم تكونوا
بالفيه الا بشق الانفس) (١) والشق اسم من المشقة .

معنى التيسير :

وان التيسير معناه الرخصة او التخفيف الشرعى بسبب المشقة
استثناء من القاعدة العامة (٢) .

فلسفة تشريع التيسير :

اما الفلسفة فى تشريع التيسير للمشقة كما قال المحمضانى :-
جعلت الاحكام الشرعية بحيث لا تنظر الى حالة من الحالات ولا الى
فرد من الافراد ، بل هى تنظر الى جميع الحالات والى جميع الافراد
الا ان هذه الصفة تجعل من تطبيق الاحكام فى بعض الاحيان حرجا
على الناس و تجعل الافراد فى التمسك بقانون ينقلب الى ظلم وضرب
أو كما قال الفزالى : كل ما تجاوز حده انعكس الى ضده (٣) ذلك اقتضى
التيسير الى الناس وعدم مراعاة الاحكام العامة فى بعض الاحوال الاستثنائية رفعا للضرر
ودفعا للمشقة (٤) .

(١) سورة النحل (٣) كما نظيه السيوطى فى الاشباه

(٢) فلسفة التشريع فى الاسلام للمحضانى ٤٠٢ (٤) فلسفة التشريع فى الاسلام ص ٣٠١

المشقة الموجبة للتيسير:

أما المراد بالمشقة الموجبة للتيسير فهي التي تخرج عن المعتاد و العمل بها على الدوام يؤدي إلى الانقطاع عنه أو عن بعضه أو إلى إلحاق ضرر بالمكلف في نفسه أو ماله ، فالمشقة المراد بها هنا التي تكون خارجية عن المعتاد و هي التي تجلب التيسير .

و أما المشقة الطبيعية في الحدود العادية التي يستلزمها عادة أداء الواجبات القيام بأعمال تقتضيها المعيشة فلا مانع منها ، لأنه لا يتصور انفكاك التكليف المشروعة من مثل هذه الأعمال فيقول الشاطبي :

" أن كل واجب لا يعزى عن مشقة كمثقة العمل واكتساب المعيشة والصلاة والصيام في حال الصحة وبذل النفقات الواجبة والجهاد لدفع غوائل الأعداء فكل من هذه التكليفات والواجبات نوع مشقة تستلزمها طبيعة وتختلف بحسبه درجتها ، وهذا لا ينافي التكليف ولا يوجب التخفيف ، لأن التخفيف فيه عندئذ إهمال وتفريط (١) .

أقسام المشقة المقتضية للتخفيف:

وقال علماء القواعد في ضبط المشاق المقتضية للتخفيف: المشاق على قسمين : مشقة لا تنفك عنها العبادة غالبا ، كمثقة البرد في الصوم والغسل ومشقة الصوم في مدة الحسر و طول النهار ومشقة السفر التي لا انفكاك للحج

والجهاد عنها . ومشقة ألم الحدود ، ورجم الزناة ، وقتل الحناة ، فلا
اثر لهذه فواسق في العبادات في كل الأوقات (١) .

وأما المشقة التي لا تنفك عنها العبادات غالباً ، فعلى مراتب :

الأولى : مشقة عظيمة فادحة : كمشقة الخوف على النفوس ، والاطراف ،
ومنافع الاعضاء ، فهي موجبة للتخفيف والترخيص قطعاً ، لان حفظ النفوس ،
والاطراف لأقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات في عبادة ، أو
عبادات يفوت بها أمثالها .

الثانية : مشقة خفيفة ، لا وقع لها ، بأدنى وجع في اصبع ، وأدنى
صداع في الرأس ، أو سوء مزاج خفيف . فهذه لا أثر لها في التفات اليها ،
لأن تحصيل مصالح العبادات أولى من دفع مثل هذه المفسدة التي لا اثر
لها .

الثالثة : متوسطة بين هاتين المرتبتين : فما دنا من المرتبة الدنيا ، أوجب
التخفيف ، أو من الدنيا ، لم يوجب كحمى خفيفة و وجع الفرس اليسير و ما
تردد في الحاقه بايهما اختلف فيه ولا ضبط لهذه المراتب الا بالتقريب (٢) .

النوع التخفيفات الشرعية :

و تخفيفات الشرع انواع :

(١) تخفيف اسقاط ، كاسقاط الجمعة والحج والعمرة والجهاد والاعذار .

١ - الاشياء والنكاح للسيوطي ص ٨٢ ، و لابن نجيم ص ٤١

٢ - الاشياء والنكاح للسيوطي ص ٨٠ - ٨١

(٢) تخفيف ابدال : كابدال الوضوء والغسل بالتيمم ، والقيام فى الصلاة بالمعقود ، والاضطجاع والركوع والسجود بالايما* والصيام بالا طعام .

(٣) تخفيف تنقيص : كالقصر فى السفر .

(٤) تخفيف تقديم : كالجمع بمرفقات و تقديم الزكاة على الحول وزكاة الفطر

فى رمضان ، و قبله على الصحيح بعد تلك النصاب فى الأول و وجود الرأس بصفة المؤنة والولاية فى الثانى .

(٥) تخفيف التأخير : كالجمع بمزدلفة وتأخير رمضان للمريض والمسافر

و تأخير الصلاة عن وقتها فى حق مشغول بانعقاد غريق ونحوه .

(٦) تخفيف ترخيص : لملاة الستجر مع بقية النحو ، و سرب الخمر للفصة .

(٧) تخفيف تدبير : كتدبير نظم الصلاة للخوف (١) .

أسباب التخفيف فى الشريعة :

أما أسباب التخفيف فى العبادات وغيرها فهى سبعة كذلت :-

الأول - المنفر فيرخص به قصر الصلاة والفطر والمسح على الخفين أكثر

من يوم وليلة وتنقط به صلاة الجمعة والعيد ين .

الثانى - الممرور وخصه كثرة منها التيمم عند الخوف على نفسه أو على غيره أو

من زيادة سرعه أو بطئه ومنها القعود فى الصلاة والاضطجاع فيها

(١) الاشياء والنشائر للسيوطى ٨٢

والإيحاء بالركوع والسجود ومنها التخفيف عن الجماعة مع حصول الفسيلة
ومنها الفطر في رمضان للشيخ الفانسي مع وجوب الفدية ومنها الانتقال
من الصوم الى الاطعام في كفارة الظهار و منها الفطر في رمضان
والخروج من المعتكف و الاستنابة في الحج وفي رمي الجمار
واباحة مخطوات الأحرام مع الفدية ومنها التداوى بالنجاسات
واباحة نظر الطبيب الى المريضة حين مداواتها .

الثالث - الاكراه فيميج للمكره ان هدد بما يخاف به على نفسه أو عضوه
أن يتناول ما حرم عليه من المأكولات والمشروبات ويرخص للمكره على
الكفر أن يجرى كلمته على لسانه مع اطمئنان قلبه بالإيمان .
الرابع - النسيان وهو من اسباب التخفيف فمن أكل أو شرب ناسيا فهو على
صومه لقوله صلى الله عليه وسلم " من نسي وهو صائم فأكل أو شرب
فليتم صومه فانما الله أطعمه وسقاه " (١) وذلك اذا هاتكس
هناك عيئة مذكرة و ان لا لم يكن النسيان عذرا كأكل الصلح
أو شربه ناسيا لأن للصلاة هيئة مذكرة فلا يحد بالنسيان فتبطل
صلاته .

الخامس : الجهل وهو من الاعذار الداعية للتخفيف فجهل الشفيع ببيع شريكه
نصيبه في الدار التي يشفع بها لا يسقط حقه في الشفعة وجهل الأمة

باعتقها لا يسقط خيارها في فراق زوجها وكذلك جهلها بأن لها الخيار لا يسقط خيارها و من ذلك جهل الوكيل بعزله عن الوكالة لا يلزمه تبصرفاته المؤكل فيها بل تكون للمؤكل حتى يعلم بالعزل .

السادس: العسر وعموم البلوى كالتخفيف عن به سلس بول أو انطلاق ريح والحكم بطهارته مع وجود المانع ومنها العفو عن دم البراغيث في الثوب وان كثر والعفو عن بول تشرشق على الثوب مثل رؤس الابر والعفو عن طين الشوارع وأثر نجاسة عسر زواله ومن ذلك اباحة من المصحف للصبيان بدون طهارة للتعليم . و من ذلك مسح الخف في الحضر لمشقة نزعها في كل وضوء ولذلك وجب نزعها للغسل لعدم تكررها .

السابع: النقص فانه نوع من المشقة مناسب التخفيف فمن ذلك عدم تكليف المصبي والمجنون ومنه عدم تكليف النساء بكثير ما وجب على الرجال الحرير وحلى الذهب (١) .

وقد ذكرنا تطبيقات عديدة اخرى لهذه الاسباب في حالات ان ضرورة فليرجع اليها للتفصيل .

الامر اذا ضاق اتسع والعكس (١)

تخريج القاعدة : هذه القاعدة ستخرجه من القاعدة قبلها وبينها تقارب في الما (٢) وهذا مستفاد من كلام الشافعي ، و اذا ضاق الامر اتسع يعني اذا ظهرت مشقة في امر يرخص فيه ويوسع وعكسه اذا اتسع الامر ضاق وقد جمع الامام الغزالي بينها بقوله : كل ما يتجاوز عن حده انعكس الى ضده (٣) اي كلما وجدت صعوبة عاد الامر الى السهولة والعكس .
و وضعت الاشياء على الاصول على انها اذا ضاقت اتسعت واذا اتسعت ضاقت (٤) .

معنى القاعدة : ومعنى ضاق اي شق ارتكابه كثرة وقوعه ومعنى " اتسع " اي ترخيص و اخذ بالايسر اذا كانت الضرورة قائمة ومعنى عكس القاعدة انه اذا زالت مقتضيات الضرورة عاد الحكم الاصل الى الوجود .
والامر اذا ضاق اتسع معنى اصل القاعدة هي انه اذا طرأت مشقة وتضايق الناس او حصلت ضرورة عارضة للشخص او للجماعة او طرأ ظرور استثنائي اصبحت معه الحكم الاصل المشروع للحالات العادية معرجا للمكلفين و مرهقا لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق ، فجاز لهم الترخيص في الاحكام وعدم التزام القواعد العامة المطردة ويخفف ويوسع عليهم ما دامت تلك الضرورة قائمة اذن المراد بالاتساع هناك الترخيص عن اقامة و طرد القواعد والمراد بالضييق المشقة (٥) .

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ١٨ (٣) الاشياء والنظائر للسيوطي ٨٣
(٢) الاشياء والنظائر للسيوطي ٨٣ (٤) المرجع السابق ص ٨٣
(٥) غمزعون بسائر شرح الاسباه والنظائر ص

تطبيقات القاعدة : والامثلة في هذا الباب كثيرة لا يمكن حصرها ومنها :

- (١) ترك المدينون المعسر الى وقت الميسرة والمساعدة على تأديته مقيطا اذا لم يقتدر على ايفاء الدين جملة .
- (٢) وشهادة النساء الصبيان في الحمامات والمواضع التي لا يحضرها الرجال دفعا لحرج ضياع الحقوق .
- (٣) وقبول شهادة القابلة على الولادة ضرورة حفظ الولد ونسبه .
- (٤) واباحة كل الميتة او مال الغير على ان يضمنه عقد الاضطرار حفظا للحياة .
- (٥) واباحة خروج الزوجة بعد وفاة زوجها من بيتها ايام عدة اذا اضطرت للاكتساب .
- (٦) وجواز التحريض في كل شيء يباح عند الضرورة .
- (٧) وجواز الاجارة على الطاعات كتعليم القرآن والاذان على ما عمو المفتى به عمو المتأخرين حفظا للشعائر على الضياع .
- (٨) ومشروعية الاعذار المرحبة لفسح الاجارة دفعا للضرر (٢) .

الضرورات تبیح المحظورات (١)

تخريج القاعدة : هذه القاعدة مبنية على قاعدة : لا ضرر ولا ضرار أو الضرر يزال ، لأن حالات الضرورة كما نذكرها فيما بعد تفضي الى ضرر وهذه القاعدة التي مستندها حديث رسول صلى الله عليه وسلم يؤكد على انه لا يجوز لاحد أن يضره غيره .

وقال بعض العلماء ان هذه القاعدة متفرعة على قاعدة : المشقة تجلب التيسير لان في حالات الضرورة توجد مشقة عظيمة فارحة حتى يباح المحرم للسرفق والتيسير على المكلف .

ولكن كما قال ابن نجيم بحق أن قاعدة الضرر يزال متحدة ومتداخلة

مع قاعدة : المشقة تجلب التيسير (٢) لأن في المشقة احراجا ضررا

للمكلفين ولقد تكفلت الشريعة الفراء السحاء برفعها وازالتها .

أصل القاعدة : والاصل في القاعدة المذكورة هو قوله تعالى (وقد

فصل لكم ما حرم عليكم الا اضطررتم) (٣) وغيرها من الايات الكريمة

التي تتضمن استثناء حالات الاضطرار الطارئة في ظروف استثنائية بمسند

تعدادها طائفة من المحرمات والاستثناء من التحريم الاباحة .

معنى الاضطرار : ومعنى الاضطرار هو الحاجة الشديدة والمحذور المنهى عن

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ٢١ ديمائها في الاتيقي :

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧

(٣) سورة الانعام ١١٩

فعله يعنى ان المنوع شرعا يباح عند الضرورة ، فاذا نزل بالانسان
احتياج ملجئ كالجوع المبيت يباح له أكل الميتة والاكل من مال اجنبى بنمير
رضاء ونحو ذلك من المنوعات وقت الرخاء والسعة والاخيارى (١) .
معنى القاعدة : فحينئذ يكون معنى هذه القاعدة : أن فى حالات
الاضطرار والحاجة الشديدة يجوز ارتكاب المخطور ولكن بشرط عدم التجاوز
كما مستفاد من قوله تعالى (غير باغ ولا عاد) (٢) .

فاذا وجدت ضرورة ملجئة ترفع الحكم ما دامت الضرورة قائمة كما
لو اكراه انسان على فعل شئ فما دام الاكراه موجودا فلا أثم من
الفعل المرتكب المحرم واذا زالت الضرورة عاد الحكم كما لو كان نفسى
الاصل .

أنواع المخطورات و أثر الضرورة فيها : بناء على هذه الضرورة لها اثار كما
سيأتى التفصيل - من نوع رفع الاثم أو امتناع العقاب أو اباحة ارتكاب
مع بقاء المسؤولية ومعنى الحالات لا اثار للضرورة عليها بآى حال على
الك الحقيقى والقتل والزنا وجميع المباد الا ان الآخر اى حقوق المباد تباح

(١) مرآء المجلدة ص ١٦

(٢) سورة البقرة ٧

ولكن لا يجب الثمان او التعويض.

وتفصيل ذلك : ان انواع المخطورات ثلاثة انواع :-

- (١) نسوع هو ما ح كأكأ الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر عند المجاعة أو الغصبة أ(البطش او عند الاكراه انتام بقتل أو قطع عضو . فهذه الاشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى (الا ما اضطررتم اليه) اى دعتكم شدة المجاعة والاستثناء من التحريم اباحة .
 - (٢) ونسوع لا تسقط حرمة بحال ، ولكن يرخص فيه ، فانتلاف مال المسلم والقذف فى عرضه ، واجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالايمان اذا كان الاكراه تاما ، فهو نفسه محرم مع ثبوت الرخصة فان الرخصة فى تغيير حكم الفعل و هو المؤاخذه لا فى تغيير وصفه وهو الحرامة الانتاع افضل ، حتى لو انتاع قتل ان ما جورا .
 - (٣) ونسوع لا يباح و لا يرخص اصلا لا بالاكراه التام ولا بخلافه ، كقتل المسلم أو قطع عضر منه بغير حق والزنا وضرب الوالدين ^(١) .
- وهذه القاعدة لا تتناول النوع الاخير ، لانه لا يباح بحال من الاحوال بل تتناول النوع الاول مع ثبوت اباحته و الثانى مع بقاءه على الحرمة ، والترخيص انما عوفى رفع الاثم كنظر البيب الى ما لا يجوز اكشافه شرعا من مريض أو جيسريج فانه ترخيص فى رفع الاثم لا الحرمة ، وكالاضطرار لاكل مال

الغير عند المخصصة ، فإنه لا يسقط حرمته مال النهر، بل يسقط عنه الاسم
أو يجب عليه ضمانه أو الاستملاال من صاحبه (١) .

تطبيقات القاعدة : ومن تطبيقات هذه القاعدة :

- (١) جواز أصل الميتة و غير رها من المحرمات عند المخصصة و يدل عليه قوله تعالى (فمن اضطر في مخصصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم) (٢) .
- (٢) وكذلك اساعة اللقمة بالحمير لحفظ مهجة الانسان .
- (٣) والتلفظ بكلمة الكفر للاكراه كما جاء في الآية (من كفر بالله من بعد ايمانه الامن اكروه وقلبه مطمئن بالايمان و لكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم) (٣) .
- (٤) اتلاف مال النهر عند الاضرار بشرط الضمان عليه بهجواى القاعدة :
: ان الاضرار لا يبطل حق الغير . ومن ذلك اتلاف مال الغير بالقاء
بعض حمولة السفينة في الماء اذا اشرفت على الغرق .
- (٥) واخذ مال المتنوع الاداء عن الدين بغير اذنه بقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليهم بمثل ما اعتدى عليكم) .
- (٦) ودفع المائل و لو ادى الى قتله .
- (٧) وكذا يجوز للمريض اكل الميتة وشرب الدم والبول اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاؤه فيه لم يند من المباح ما يقوم مقامه

(١) راجع لصالح ١٧٤/٧ وما بعدها ، شرح المجلد لآشفي من

(٢) سورة المائدة : ٥

(٣) سورة الممل : ١٤

تقييدات القاعدة: على ان النفيها فيدوا اطلاق هذه القاعدة بقولهم:
الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها كما لو اكراه على القتل
أو الزنا فلا يباح واحد منهما بالاكراه لما فيها من المفسدة التي تقابل حفظ
مهجة المكره أو تزويد عليها ، وما فود لمن يلا تكفين فلا ينعى، فان مفسدة
هتك حرمة الله من عدم تكفينه الذي قام الستر بالاعتراب مقامه (١) .
وهناك قيود اخرى لهذه القاعدة سنذكرها في القواعد الالية المتفرعة
على هذه القاعدة - مثل الضرورات تقدر بقدرها وان الاضرار لا يطل
حق النيمر .

الضرورة تقدر بقدرها (١)

معنى القاعدة: هذا كما نصت عليه المجلة والاصح ان يقال كما جاء في الجامع والاشباه (٢) ما ابيح للضرورة يقدر بقدرها لان ما يقدر ليس الضرورة نفسها بل هو ما ابيح بسببها . يعنى أن ما ابيح للضرورة انما تكون اباحته على قدر ازالة الضرورة ولا تباح الزيادة على ذلك (٣) .

فهذه القاعدة قيد للقاعدة السابقة سواءها ان الاضرار اما يبيح من المخطورات مقدار ما يدفع الخطر ولا يجوز الاسترسال ومتى زال الخطر عاد الخطر (٤) .

الضرورة كحالة شاذة: بما ان الضرورة حالة شاذة استثنائية والمستثنيات تفسر بالتضييق بمعنى ان الترخيض الذى تقضيه الضرورة لا يقوم على الحلاقة بل بالقدر اللازم لرفع الضرر وان المشقة (٥) .

ومن أمثلة هذه القاعدة :

(١) اذا احدث رجل فع داره شيئا او بناء وجعل له شيئا مطلا على مقر نساء جاره فيجبر على رفع هذا الضرر بصورة تشع وقوع النظر اما ببناء جائط او وضع طيلة ولكن لا يجبر على سد شيئا بالكلية (٦) .

(٢) وكذلك تقبل شهادة النساء في المحال التى لا يمكن اطلاع الرجال

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ٢٢ ويمثلها في الاتين (٣) مراة المجلة ص ١٧
 (٢) للسيوطى ص ١٠١ وابن نجيم ص ٣٣١ و قد وردت
 في المجامع بلفظ اخر وهو الثابت بالضرورة يقدر بقدرها (نظر النافع ص ٣١٨)
 (٤) الدخول الفقهي العام ص ٩٠ - ٥٠ (فلسفة التشريع في الاسلام ص ٣٠) (٦) مجلة الاحكام العدلية

عليها وذلك بسبب الضرورة ولكن لا تقبل شهادة النساء فقـ اي دون ان
يكون مهن احد من الرجال التي يمكن اطلاع الرجال عليها - لان ما
جاز للضرورة يقدر بقدرها (١) .

(٣) واذا احتيج لمداواة العورة يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج الى كشفه فقط
وبالنسبة الى المرأة لا يجوز ان يطلع على عورتها للتطبيب او الوليد
رجل اذا وجدت امرأة تحسن ذلك لان اطلاع الجنس على جنسه
اخف محظرا (٢) .

(٤) وان الكفار حال الحرب اذا تترسوا باطفال المسلمين فلا بأس
بالرمي عليهم لضرورة اقامة فرض الجهاد ولكنهم يقصدون الكفار دون
الاطفال (٣) .

ومن فروعها ايضا :

(٥) المضطر لا يأكل من الميتة الا قدر سد الرق .
(٦) والطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة لانه ابيح للضرورة .
فاذا وصل عصر ان الاسلام متنع ، و من معه بقية ردها (٤) وينفع
و ينتفع فيها يعلف وطعام وحطب ، و سلاح و رهن بجزء قسمة ويسد
الخروج منها ، لا ، وما فضل رد الى النسيئة .

(٧) واقتوا بالدفء عن بول السنور في الثياب دون الاواني لانه لا ضرورة في الاواني

(١) المجلة الاحكام العدلية المادة (٣) شرح المجلة للاتامى ص ٨٥
(٢) الفقه الاسلامي في عو به الجديد ص ٩٩٠ (٤) الاشباه لابن نجيم ، كنز الدقائق للسبكي نقلا
عن ابن نجيم ص ٨٦

لجريان العادة بتخيسرها .

- (٨) وفوق كثير من المشائخ في البعريين آباد انسلوات: فيمضى عن قليلة للضرورة لانه ليس لها رؤس جاحزة والابل تبعو حولها ، و بين آباد الامصار لعدم الشورة ، بخلاف الكثر . ولكن المعتمد عدم الفرق بين آباد انسلوات والأمسار وبين الصحيح والمنكسرو وبين الرطب واليابس (٢) .
- (٩) ويمضى عن ثياب التوغى * اذا اصبها من الماء المستعمل ، و على رداية النجاسة للضرورة و لا يمضى عما يصيب ثوب غسره يعدمها .
- (١٠) ودم الشهيد طاهر في حق نفسه ، نجس في حق غيره لعدم الضرورة .

ما جاز لعذر بطل بسزواله (١)

التقيد بالزمن : هذه القاعدة تقيد قاعدة الضرورة بالزمن يعنى اذا زالت الضرورة بطلت اباحة المنوع (٢) لان جوازه لما كان بسبب العذر فهو خلف عن الاصل التعذر فاذا زال العذر و امكن العمل بالاصل . فلو يجاز العمل بالخلف ايضا للزم الجمع بين الخلف والاصل فلا يجوز كما لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز لهذه العلة فعنى البطلان شامل سقوط اعتباره من حيث انه يسير فى حكم العدم (٣) .

الترخيص لوجود العذر : فالترخيص للاضطرار والحكم الاستثنائى الذى يقتضيه يبقى ما دام العذر او حالة الاضطرار موجودا فاذا زالت هذه الحالة الاستثنائية زال الترخيص والحكم الاستثنائى و رجع الامرانى القاعدة الاصلية ويمتدعا جاءت القاعدة فى الاشياء والنظائر والجامع والمجلة و اذا زال المانع عادا المنوع و هذا من تطبيقات القاعدة العلمية ان النتيجة تقف بوقوف علتها (٤) .

و من أمثلة القاعدة :

(١) لو حجر على امرء بسبب الجنون او مرض الموت فالحجر ليرتفع عنه بمرجوعه الى حال الافاتة او الصحة .

(٢) وكذلك لو تزوجت الام باجنبى غير محرم سقط حقها بحضانة اولادها

(١) مجلة الاحكام العدلية المادة ٢٣ ويأثلها فى الاتين

(٢) مراة المجلة ع ٣ (٣) شرن المجلة للاتاشى ٥٩ - ٦٠

- المنار ولكن اذا فتح الزواج عاد حقها بزوال المانع (١) .
- (٣) وبطل التيمم اذا قدر على استعمال الماء فان كان لفقد الماء بطل بقدره عليه وان كان لمرض بطل يزواله .
- (٤) وينبغي ان تخرج على هذه القاعدة الشهادة على الشهادة اذا كان الاصل مريض فصيح بعد الاشهاد او مسافر فقدم ان يبطل الاشهاد على القول بانها لا تجوز الا لموت الاصل او مرضه او سفره (٢) .
- (٥) والمؤسى في السلوة اذا قدر على القيام والامس اذا تعلم القراءة والعمار اذا وجد ثوبا يستر عورته لان الطهارة والستر والقيام والقراءة فرض على القادر عليها والسقوط عن هؤلاء للعجز وقد زال .
- (٦) والشيخ الفاني اذا فدى عن صومه والمريض العاجز عنه فهما على هذا الحكم (٣) .
- (٧) والمعتدة عن وفاة زوجها يجب عليها المكث في بيتها المعتدة فيه الى اكمال عدتها . ولكن حيث لا نفقتها اذا اضطرت الى الخروج لضرورة الكسب فتسحقصل لها مال فاستغنت عنه عن الخروج فقد زال العذر فليس لها الخروج (٤) .
- (٨) ومن تطبيقات هذه القاعدة كذلك : لو كان المانع من قبول اداء شهادة انسان صغرسنه مثلا مبلغ قبلت شهادته .

(١) المختار وشرحه لاختيار للموصلى ٢٥١/١ ، والبحر ١٦٧/٤ ورد المختار ٨٧٢/٢

(٢) الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٨٦ (٣) شرح المجلة للاتاشي ص ٦٠

(٤) شرح المجلة للاتاشي ص ٦٣

- (٩) وإذا حدث عيب في يد المشتري يمنع السرائ رد المشتري وإذا زال ذلك العيب الحارث بنفسه أو بالمعالجة جاز رده بالعيب القديم (٢) .
- (١٠) وان زيادة الموعوب له تمنع الواهب من الرجوع في الهبة ولكن إذا زالت تلك الزيادة عاد للواهب حق الرجوع (٣) .
- (١١) وان التناقص مانع لدعوى الملكية ولكن إذا زال التناقص بتصديق الخصم أو بتكذيب الحاكم عادت الدعوى مسموعة (٤) .
- (١٢) وإذا اشترى شيئاً فاسداً ثم رهنه من آخر وسلمه امتنع حق فسخ البيع بسبب الفساد لتعلق حق الرهن بالبيع ولكن لو أدى المشتري بينه وافتق رهنه عاد حق فسخ البيع كما في مجمع الأنهر لأنه إذا زال المانع وهو الرهن عاد المنوع وهو حق الفسخ (٤) .
- ويخرج على هذه القاعدة كثير من أحكام السوارس على اعلية الانسان سواء كانت مساوية أو مكتسبة كعذر المسافر المؤدى الى مثل اباحة الفطر وقصر الصلوة وترك الجمعة فإذا زال العذر يرتفع ذلك . وكاغدار الصنوع والجنون والعته والسفه والمماثلة الموجبة للعجز على الصغير والمجنون والسفيه والمديون المماطل يرتفع العجز بزوالها .

(١) *مرأة المجلة ص ١٧ (٢) مجلة الاحكام العدلية المادة ١٦٤٨ نقله

(٣) المرجع السابق المادة ١٦٥٢-١٦٥٤ سليم باز في شرح المجلة ص ٣٠

(٤) شرح المجلة لسليم باز ص ٣١

• الاضطرار لا يبطل حق الغير (١) •

القيد لخير : هذه القاعدة يعتبر قيدا اخيرا على قاعدة الضرورات تبينح
المخاطر فالاضطراب وان كان في بعض المواضع يقتضي تغيير الحكم في
الحرمة الى الاباحة ككل الميتة وفي بعضها الترخيص في فعله مسع
بقائه على الحرمة كلمة الكفر الا انه على كل حال لا يبطل حق الغير -
و الا فكان من قبيل ازالة الضرر بالضرر وهذا غير جائز من الضرر
لا يزال بمثله . (١)

فالاضطراب انما يعد معذرة نقط الاثم وتعفى من عقوبة التجاوز على
حق الغير . و لا ضرورة لابطال الحق (٢) .

تقسيمات الاضطراب : وسواء كان الاضطراب مساويا كالمجاعة او بالاكراه الطحي
بالقتل اولقطع او بنير الطحي . ففي الاول ياكل مال الغير قدر الحاجة
ويضمن بعده مثل ما اتلف ان كان مثليا او قيمة ان كان قيميا ويضمن قاتل
حبل سائل و ان كان في قتله مضطرا لدفع الضرر عن نفسه .

وفي الثاني : يكون الحامل ضامنا بلا مشاركة الفاعل للحامل في

الموجب الا الاثم فهو فيهما .

تفهم القاعدة وتعليلها : واريدها ان الاضطراب لا يسقط حق الانسان خلا

حق الله فان يرفع الاثم والمسئولية عن المضطر والمستكره ، و يعلل بأنه

(١) مجلة الاحكام العدلية السادة ٣٣ (١) شرح المجلة للاتاقي ص ٨٦ - ٨٧

(٢) المدخل الفقهي العام ص ٩٩١ / ٢

لا ضرورة لابتلال حقوق الناس بل الضرورة تتجلى في الحفاظ على حياة المضرر فيجوز له اخذ مال غيره ولكن يجب عليه الضمان عند ازالة الضرر .

والثالث : يحرم على المكره الاتلاف حرمة لا يتحمل الرحمة فيكون

الضامن كالغاصب ان مثليها مثله و ان قيميا قيته و حق النير ثابت لا يجوز بوجه ما - لان القاتل لا يصلح آلة للحامل في حق الأثم اذا لا يمكن لاحد ان يجس على دين غيره ويكتسب الاثم لغيره (١) .

بناءً عليه لو اكل طعام الغير اضطراريا وبعد زوال الاضرار عليه قيته ومثله في الشكيات - ولهذا نصت المجلة يتفرع على هذه القاعدة انه لو اضطر انسان من جوع و فالكمل طعام الاخر يضمن قيته (٢) وهذا هو مذهب الحنفى . وقد جاء مثله في المذاهب الأخرى ولكن روى خلاف هذا المذهب عن الامامين مالك بن انس واحمد بن حنبل في احد قوليهما اذ انهما نفيا الضمان عن أكل مال الغير جوعا لوجوب المساواة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك وبهذا قال ايضا المذهب الظاهرى (٣) ولكن نصت المجلة على هذا القاعدة وفاقا للمذهب الحنفى .

ومن فروعها : انه لو وقع حريق في محل فهدم رجل بيت جاره لثلا يحترق بيته كان صامت بقيمة بيت الجار الا اذا كان الهدم باذن اولى الامر فمئذ لا ضمان عليه . (٤) .

(١) مراءة المجلة ص ٢٨ - ٢٩ (٢) مجلة الأحكام والعادلة المادة ٢٣

(٣) اعزم الموقعين ٨/٣ ، الفري للقراني ٩/٤ المحلى ٢٢٢ / ٨

(٤) مجلة الأحكام والعادلة المادة ٩١٩

(٢) وكذلك لو تمت مدة اجارة زروق للضرورة كان على المستاجر ان يدفع اجر العثل عن المدة الزائدة (١) وبمقتضى نصوص قانون العقوبات اللبناني على ان الجريمة المقررة في صالة الاضطراب تلزم مدينا من حصلت بمنفعة الذى اتقاه (٢) .

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة (٣)

هناك كثير من الاحكام التى تؤثر فيها الحاجة مثل الضرورة فتح المحظور ويجوز فيها ترك الواجب ، والحاجة هى التى يترتب على عدم رعاية الرعاية بها ضيق و حرج أو عدد صعوبة ، فاشارات هذه القاعدة الى ان الضرورة وان كانت اشد ، الا أن الحاجة عامة كانت أو خاصة تنزل ايضا منزلتها فى تجويز الممنوع شرعا (٤) .

وكما قلنا من قبل ان الحرج مرفوع فى الشريعة الاسلامية وهذه الحالة فى مفهومها الفقهى سميت بانزال الحاجة منزلة الضرورة و هى اعطاء الحاجة حكم الضرورة فى التوسع والترخيص للناس بسبب وقوع الحرج عند العمل بالحكم الأصلى ولا فرق بين الحاجة العامة والحاجة الخاصة فى هذا الباب .

والمراد بكون الحاجة عامة ان يـ (الاحتياج شامل لجميع الامة

والمراد بكونها خاصة ان يكون الاحتياج بطائفة منه كاهل بلد او حرفة

(١) المرجع السابق المادة ٤٨٠ (٢) قانون العقوبات اللبناني المادة ١٤٠ ، فلسفة

(٣) مجلة الاحكام العدلية المادة ٣٢ والاشباه فلسفة التشريع ص ٣٠٨ والنظائر سيوطى (٤) شرح المجلة للاتشى ص ٨٧

فليس المراد بخصوصها ان تكون فردية .

معنى القاعدة : ان التسهيلات التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على

حالات الضرورة الملحة بل حاجات الجماعة مما دون الضرورة توجد التسهيلات

الاستثنائية (١) ايضاً .

على ان الضرورة والحاجة انهما يفرقان في الحكم من ناحيتين :

١ - ان الضرورة تبيح المخطور سواء كان الاضطراب حاصل للفرد ام الجماعة

بخلاف الحاجة فانها لا توجب التدابير الاستثنائية من الاحكام

العامة الا اذا كانت حاجة الجماعة . وذلك لان لكل فرد حاجات محددة

ومختلفة عن غيره ولا يمكن ان يقرر لكل فرد تشريع خاص به بخلاف

الضرورة انها حالة نادرة وقاصصة .

ب - ان الحكم الاستثنائي الذي يتوقف على الضرورة فهو اباحة مؤقتة

لمحظور بنص الشريعة تنتهي هذه الاباحة لزوال الاضطراب وتنقبد

بالشخص المضطرب اما الأحكام التي تثبت بناء الحاجة فهي لا تصادم

نصاً ولكنها تخالف القواعد والقياس وعلى تثبت بصورة دائمة يستفيد

منها المحتاج وغيره (٢) .

وان اكثر ما ورد على خلاف القياس من الاحكام الشرعية منى على

الحاجة كالبيع بالوفاء القياس يقتضى عدم جوازه بوجود شرط فيه

(١) الفقه الاسلامي في شويه الجديد ٢ / ٩٦١

(٢) الفقه الاسلامي في شويه الجديد ص / ٩٩٢ - ٩٦٣

نفع لا حد العاقدين لكن جوازه للحاجة بسبب كثرة الديون على اهل نجارى
وكتذا يصير وقد سموه انيع الوفانة والشافعية يسمونه الرهن
المعاد (١) .

(٢) وكذا دخول الحمام لما كان ضمان القس فيه ومقدار ما يسد من الماء
غير معلوم فالقياس يقتضى عدم الجواز وقد يجوز حاجة الناس .
(٣) وكذلك بيع المعلوم باطل اصلا لكن يجوز فى الاجارة والسلم بالنص وفى
الاستصلاح بالاجماع لحاجة الناس ولعدم الحاجة لا تجوز اجارة بيت بنافع
بيت اخر اتحاد وجنس منفعة بخلاف ما اذا اختلف (٢) .

(٤) ومنها ضمان الدرك يجوز خلاف القياس لان الضمان على البائع فيصير
كفيلًا ومكفولا عنه وبه يظهر انه ضمه غير البائع لم يكن مختلفا
للقياس لانتفاء الغلة فى حقه (٣) .

(٥) ويجوز للمحتاج الاستقراض بالرج كما ذكره ابن نجيم فى شرح الكنز
والاشباه نحو وان يقترض عشرة دنانير مثلا ويجعل لربها شيئا
معلوما فى كل يوم رجحا (٤) .

المبحث الرابع :
مقارنة : والجدير بناء ان تذكر هنا القواعد القانونية المختلفة فى
فى الضرورة كما على لتضمنة فى الامثال اللاتينية مثل الضرورة لا قانون
لها (٥) يعنى أن الضرورة تسح للانسان أو الدولة ارتكاب أى فعل غير مشروع

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٢ (٢) شرح المجلة للاتامى ص ٧٥-٧٦

(٣) مرآء المجلة ص ٣١ (٤) - الاشباه والنظائر ص ٩٢

فى نظير القانون وتعفى عن العقوبة .

جاء فى نفس المعنى المثل القانونى اللاتينى الآخر أن الضرورة تبيح

ما يكون ممنوعا فى الاحوال العادية (١) . وجاء كذلك أنه تسود مصلحة

المجموعة على كل شئ (٢) وبناء على هذه القاعدة يسمح للدولة

أن تأتى بتصرفات فى طبيعتها غير دستورية فى الظروف الاستثنائية

التي تصد كيان الدولة والمجتمع . وكذا من أجل إلتئى المقابل للعامة : لا ضرر ولا ضرار^(٣)

وأساس مبدأ الضرورة لها علما هو ازالة الضرر المتوقع مالا -

على نفس الإنسان و ماله بحيث الشرفه على الخطر والهلاك ولكن

هذا المبدأ مقيد بالزمن كما جاء فى المثل اللاتينى^(٤) أن الشريرين

أو الضريرين كما جاء فى الفقه الاسلامى يختار احون الشريرين ويقابلها المثل

اللاتينى الذى يعنى ينبغى اختيار الضرر الاخف لتفادى الضرر الاكبر (٥) .

ومبدأ الضرورة مقيدة كذلك بقاعدة اخرى هى أنه يجب اعتبار الضرورة

بقدرها وهناك قاعدة اخرى التى تسمح للسلطة التدخل فى شئون^(٦)

الافراد وتبيح الضرر الخاص لدفع الضرر العام (٧) لأن الامر يعود

الى السلطة العامة التى أقوت بها القانون .

Necessitas inducit privilegium quod jura privata, lex non coartat ad impossibilia	(١)
Salus populi suprema lex	(٢)
Injuria non excusat injuriam	(٣)
Cessante ratione legis, cessat ipsa lex.	(٤)
De durius malis, minus est eligendum	(٥)
Necessitas quod cogit, defendit.	(٦)
Citius tolerare vult privatum quam publicum malum	(٧)

فـرأينا أن كثيرا من القواعد القانونية المدنية على الضرورة أو رفع الضرر يوجه ما يعاثلها في الشريعة الإسلامية كما يتضح من النماذج السابقة .

ولكن المماثلة بين القواعد الفقهية والأشكال اللاتينية لا تدل على تشابه الشرع الإسلامي بالقانون الروماني فمجرد الشبه وحده لا يكفي بوجه عام لإثبات الأخذ والتأثر لأن الحضارات المختلفة فتشابه دائما في قواعدها الكلية وتتشابه أحيانا في أحكامها الجزئية إذا كانت هذه الأحكام مبنية على علل ومبادئ واحدة، وهكذا لا يكون هنا الشبه لا بدنه بنى الشرائع ونحن نقرأ أنه لا بد من وجوده بين الشريعتين الإسلامية والرومانية في القواعد الكلية وفي بعض الأحكام الجزئية — وهنا ما يفسر وجود الشبه المسلمون بين كثير القواعد الكلية في الفقه الإسلامي وبين ما يقابلها من الأشكال الشرعية اللاتينية (١) .

وفوق ذلك أن فقهاء الإسلام لم يطلعوا على كتب الرومان في الفقه ولم يترجموا شيئا منها ولم يذكروا شيئا عنها ولو فعلوا ذلك لاعترفوا به وكان أثره باقيا في كتبهم كما اعترفوا بترجمة كتب اليونان والفرس في العلوم المختلفة ولقد كان الباحث على أحجام الفقهاء عن دراسة القانون الروماني عقيدتهم الثابتة ، بأن الشريعة الإسلامية مقدسة مبنية على القرآن الكريم في أساسها وأنها مثل الكمال في التشريع لذا كانوا

(١) ملغة تشرلي في الإسلام محمداني ص

ينبذون كل ما صدر عن غير المسلمين في هذا العلم و يحرمون
 لأخذه وبهذا أقروا فان كريم نفسه برغم أوعائه تباشير الرومان
 على الفقه الاسلامي (١) .

الباب الثالث :

الضرورة كحالة ملجئة

وفيه فصلان :

(١) حالات الضرورة

(٢) آثار الضرورة

وخاتمة هذا الباب:

نماذج تطبيق الضرورة في عصرنا الحاضر

حالات الضرورة

وفيه مباحث

- (١) المخمصة
- (٢) المرض
- (٣) الاكراه الملجئ
- (٤) وضع الصائل
- (٥) حالات الضرورة الاخرى

(أ) الترس

(ب) امر اشراف السفينة على الفرق

(ج) الحريق في منزل آخر

(د) العسر دعموم البلوى

(هـ) الظفر بالحق

حالات الضرورةتمديد وتحديد :

الضرورة إما عسرفناعاً هي الحالة الطحبة لتناول المشوع سراً (١) وعندا الالءاء قد يكون بسبب داخلى كالءوع والعطش الشءىءان والعصه والمر وقد يكون بسبب خارجى كالا كراه والظروف الطارئه أو القوه القاهره التى تسمى فى الفقه الاسلامى الجائعه أو الآفة الساموه والدفاع الشرعى أو دفع الصائل والمصر دعوم البلوطى وللفقر بالحق، والتعسف فى استعمال الحق .

و حدود القروطى حالات الضرورة فقال : الاضطرار لا يخلو ان يكون باكره من ظالم أو (ءوع فى محصه (٢) ، وقال الفخر الرازى : "الضرورة لها سببان " اءدهما الجوع الشءىء ونحوه مع عدم وجدان الحلال ، والثانى — أن يكرهه على تناول مكره (٣) ، وقال ابن العربى " الاضطرار اى باكره من ظالم أو ءوع فى محصه أو بفقر لا ىء فيه غىره (٤) .

ولكن اذا تتبعنا كتب الفقه والاصول والاشباه والنظائىر، نجد أن حالات الضرورة لا تنحصر فى هذه الاسباب فقط ، بل لها حالات عءىءة اءرى ، ونحن نقسم هولاء الاسباب الى قسمىن :-

- | | |
|---|------------------------------------|
| (١) شرح المءله للاءان على الحىءر ٢٥/١ | (٢) المءامع الاحكام القرآن ٢٢٥/٢ |
| (٣) التفسىر الكبىر ٢٠٧/٢ | (٤) احكام القرآن له ٥٥/١ |

(أجبد بهيبا) : أسباب داخلية للضرورة ، كالمخمة ، وتدخل فيها الجوع

والعطش الشديدان والمخمة ، والموس .

(الثانى) : أسباب خارجية للضرورة كالاكراه ورفع المائل والجائحة

اولافه الساويه ، والعسر وعموم البلوى ، والظفر بالحق ، والتعسف فى

استعمال الحق .

و بعض العلماء - كالمصاننى^(١) و اتبعه الدكتور محمد مصلح الدين -

يفكرون العوارى للاعلية أو الاعذار التى تسقط النكاليف الشرعية كصغر

السنن والجنون والموس والاكراه والنسيان والجهل فى حالات الضرورة

ولكن عندنا هى من جطة أسباب التخفيف ورفع الحرج فى الشريعة الاسلامية

ذكرنا من قبل تحت القاعدة : المشقة تجلب التمهير والمشقة تسهل

الاضطرار والحاجة دون المطلحة الكمالية كما اوضح المصاننى بنفسه فى

شرح هذه القاعدة (٢) .

نفى هذا الباب لنسوق الكلام عن البحث فى حالات الضرورة كما

اعتمد الفقهاء القدامى لمعالجة هذه القضية ، ثم نأتى بمبحث مستقل

فى بيان قضايا حديثه ذات اهمية بالغه فى عصرنا الحاضر ومناقشة

الآراء حول هذه القضايا فى ضوء قواعد الضرورة ونوضح طرق

تطبيق هذه القواعد لحل القضايا المعظله .

(١) فلسفة التشريع فى الاسلام ص ٣٠٤ (٢) قاعدة الضرورة والحاجة ص

(٣) فلسفة التشريع ص ٣٠٣

(١٩٠)

المبحث الأول :

المخمصة

(الجوع الشديد ونحوه)

ان المخمصة من اهم حالات الضرورة وقد نص الشارع صراحة

على هذه الضرورة بقوله تعالى :

(حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أنل الفيرالله

به والمنخنقة والموقوذة والتوردية والنطيحة و ما اكل السبع الا ما ذكيتم

وما ذبح على النصب ، و الا تستقسموا بالاذلام ، ذلكم فسق ، اليوم يثن الذين

كفروا من دينكم ، فلا تخشعوهم واخشون ، اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم

نعمتي ، ورضيت لكم الاسلام ديناً ، فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم ،

فان الله غفور رحيم) .

والمخمصة تعنى الجوع الشديد ، أو العطش الشديد ، ففي هذه

الحالة أى حالة المخمصة يجوز أو يباح للمضطر أن يأكل من المحرمات ،

أو يتناول من المخطورات الشرعية لدفع الهلاك عن نفسه ، لأن اجتنب

أكل النجاسات - كما صرح به الشاطبي - تحسينى و حفظ النفس هو ضرورة ،

ومحافظة الضرورى على أولى من مراعاة التحسينى ، ولهذا أباح الشارع أكل

النجاسات لأجل الضرورة (٢) .

ولكن حل يباح جميع المخطورات فى حالة الاضطرار بسبب الجوع

الشديد أو العطش الشديد ، أم بعضها فقط دون بعض ؟

فالاكثربة من الفقهاء ذهبوا الى عدم التفرقة بين محسوم
ومحرم وبين حال و حال من حالات الاضطراب، فيحمل كل محسوم المضطر
ويستدل بعموم الآية المذكورة في هذا الباب لأنه اذا كان القصد من
اباحة الميتة والدم ونحوها هو احياء النفس يتناول شئ منها خوفا من
التلف فان ذلك المعنى موجود في مآثر المحرمات ما يقتضى أن يكون
حكمها كلها واحدا لوجود الضرورة (١) .

وفيه يقول القرطبي في تفسير آية الاضطراب: فاباح الله في حالة
الاضطرار جميع المحرمات بعجزه عن جميع المباحات (٢) .
ومثله يقول ابن قدامة بعد أن بين اباحة الأكل من الميتة عند
الاضطرار : وكذلك سائر المحرمات (٣) .

ولكن الواقع خلاف العموم استفاد من قول الجصاص والقرطبي
وابن قدامة لأن هناك بعض الاختلاف في حل شرب الخمر عند الضرورة
وكذلك في أكل لحم الأدي الميت ، كما سنفصله فيما يلي :-

شرب الخمر الضرورة والعطش :

فالامام الشافعي والامام مالك لا يجوز عندهما شرب الخمر لضرورة
العطش لانها تعطين وتجميع في جاء في أم للشافعي (٢) و علل مالك
عدم حل الخمر المضطرباً أنه : لا يزيد، الاعطش (٤) .

(٢) احكام القرآن له ٢٢٢/٢

(٤) الأم ٢٥٢/٢

(١) احكام القرآن للجصاص ١٥١/١

(٢) المغنى ٥٩٦/٨

(٥) احكام القرآن له ١ / ٥٦

والواقع - أما صرح الاستاذ عبد الكريم زيدان بعدم أن نخل هو لا
الآراء * أن تعطيل عدم حل شرب الخمر في صورة المفصلة بأنها لا تروى
ولا تدفع العطش يجعل الأمر - أمر الحل - موقوفاً على دفع العطش
بها - فإن علم أنها تدفعه اباحت بلا ريب كما يحاج لحم الخنزير
لدفع الجاعة * -

* والطاهر كما قال ابن العربي - أن الخمر تدفع العطش فينبغي
القول ما باحتها لهذه الضرورة لأن ضرورة العطش الذي يرى المضطر
أنه سيهلكه أعظم من ضرورة الجوع ولهذا يحاج للمضطر شرب النجاسات
عند العطش بلا نزاع * .

وعند الخلاف جاء في إباحة شرب الخمر عند ضرورة العطش
أما في حالة الإكراه الملجئ * ، فإن الجميع متفقون على إباحة شربها
للمكروه كما يجوز له أن يأكل الميتة و الخنزير وغير ذلك من المحرمات (١) .
شرب الخمر في الفصة :

وكذلك يجوز شرب الخمر في الفصة ، ولكن عند بعض الفقهاء
لا يسيئها بالخمر مخافة أن يدعى ذلك ، وقال ابن حبيب من المالكية
يسيئها لأنها حالة ضرورة (٢) . ولقلند بين ابن العربي الرأي * المرجح
في هذه المسئلة وقال : و أما الفاس ، فإنه يجوز له فيما بينه وبين اللتمالي ،
(١) البسيط للسرخسي ٤٨/٢٤ ، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية ص ١٥
(٢) تفسير القرطبي ٢٣٨/٢

وأما فيما بيننا فإن شهدناه فلا يخفى بقرائن الحال صورة النصبة من غيرها - فيصدق إذا ظهر لك ، وإن لم يظهر حددناه ظاهرا ، وسلم من العقوبة عند الله تعالى باطنا (٢) .

تناول لحم إنسان ميت عند الضرورة لقصوى :

أما في قضية تناول المضطر لحوم إنسان ميت ، تدعيت المالكية والظاهرية إلى أنه لا يجوز للمضطر أن يأكل لحم إنسان ميت ، إذا أصابته مخصصة وخشى على نفسه الهلاك جوعا لأن الأكل من ميتة بنى آدم لا يجوز بدليل قول الرسول صلى الله عليه وسلم وهو كسر ظم الميت لكسره حيا ، فلا يجوز إذا أن يتناول المضطر شيئا من الآدمي سواء كان حيا أو ميتا حتى ولو مات المضطر (٢) .

أما الشافعية وبعض الحنفية فيرون بجواز الأكل من لحم إنسان ميت عند الاضطرار إذا لم يجد ميتة غيره لأن حرمة الحي اعظم من حرمة الميت إلا إذا كان الميت نبيا فإنه لا يجوز الأكل منه قطعا أو كان الميت مسلما والمضطر كافرا فإنه لا يجوز له الشرف الإسلام واستثنى بعض الشافعية أيضا حالة أخرى وهي أنه لا يجوز أكل الميت المسلم ولو كان المضطر مسلما وكذلك أجاز والمضطر تناول من لحم صيحه إذا لم يجد قتله ولا يقطع بعض أعضائه كالحرسى والمرتد ، لأن قتله باح فلا حرمة

له فهو بمنزلة السباع (٣) .

(١) أحكام القرآن له ٥٦/١ وما بعدها (٢) حاشية الدوقي ٥٩ ، مدغم فقاه بن حزم

٥٨/١

(٣) المبسوط ٤٨/٢٤ ، رد المحتار ٢٣٨/٥ ، المذهب ٢٥١/١ مغنى المحتاج ٣٠٧/١ نظرية الضرورة الشرعية ٧٦

وكذلك عند الحنابلة تفصيل ، فقالوا : انه اذا كان الميت فى حياته

مباح الدم كالحرى الذى دخل دار الاسلام بغير أمان ، جاز أكل لحمه بعد موته و اذا كان الميت معصوم الدم فى حياته لم يجز أكل لحمه بعد موته (١) .

على كل حال الفقهاء كلهم متفقون على أنه لا يجوز أكل لحم انسان معصوم عند الاضطراب قطعا ، و اذا كان مهددا فجوزا كله الشافعى و احمد ضرورة (٢) ولا يجوز على رأى الاخاف على نفس السئلة أباح الشافعى للمضطر أن يقطع من جسمه للذة ليأكلها فى حالة الضرورة اذا ظن السلامة مع القطع خلافا لبقية الفقهاء (٣) .

الميتة أو طعام الغير ؟

واختلف الفقهاء فى جواز اكل الميتة ونحوها من الخطورات الاطعمة والاشربة اذا وجد طعاما أو شرابا للغير ، فقالت المالكية : يقدم فى باطعام الغير على الميتة فيتناولها دونها ان لم يخف القتل - اى عقوبة السرقة - أو الضرب أو الاذى بأن لا يصدق بانه تناوله للضرورة ، فان خاف شيئا من ذلك قدم الميتة وتناولها دون الظاهر (٤) .

وزعمت الحنابلة الى أنه لا يجوز للمضطر تناول طعام الغير ، وانما له اكل الميتة فقد جاء فى المغنى : ومن اضطر فاصاب الميتة وخبر لا يعرف مالكة

اكل الميتة (٦) .

- | | |
|---------------------------|---|
| (١) المغنى ٦٠١/٨ | (٢) حاشية ابن عابدين ٢٩٦/٥ ، المغنى ٧٩/١١ |
| (٣) المغنى المألب ٥٧١/١ | (٤) حاشية الدوى ١١٦/٢ |
| (٥) المغنى ٦١٠/٩ | |

ومثله قال الشافعي في الأم * ولو اضطر ووجد ما ما لم يؤذن

له به لم يكن له أكل الطعام وكان له أكل الميتة (١) .

والحجة لهذا القول — كما يشرح ابن قدامة — أن أكل الميتة

للضرورة مباح بالنص ، و مال الأدمى محتسوم ، وإباحته ضرورة مجتهد فيه

والمعدل الى المخصوص أولى من المعدول الى غيره (٢) .

أما الحنفية فلهم في هذه المسئلة رأيان : فرأى يقول : انه يأكل

الميتة كما صرح الحموي شارح الاشباه* الظاهر أنه يقدم بما اذا لم يعلم

رضا المالك ، كما عمو مقتضى القواعد (٣) ورأى آخر يقول* يقدم طعام

الخير على أكل الميتة ندبنا ولا وجوباً ان لم يخف الأذى من قطع

عضو أو ضرب ونحوه لأن الطعام طاهر ولأن الغالب أن الانسان يقدم

على بذل طعامه للمشاطر ولا يتوقف في ذلك و وافقت عليه — كما

ذكروا القا — المالكية وبعض الشافعية (٤) .

وهذا الرأي — كما يعلق عليه الدكتور وهبه الزميل — هو

الذى يمثل اليه طبائع النفوس البشرية فيرجح على الرأي السابق ، لا سيما

وان حق الخير اذا لم يكن مقيلاً على حالة من الضرورة المشبعة مصون

نعمان طعامه ، يفسرم المضطرب بدل ما أكل من قيمة في المتقوم ومثل في المثل (٥) .

(٢) المغنى ٨ / ٦٠٠

(١) الأم ٢ / ٢٥٢

(٢) غمزيون البصائر ١ /

(٥) نظرية الضرورة الشرعية ص ٢٨٣

(٤) مغنى المحتاج ٤ / ٣٠٩ المذهب ١ / ٥٠

الاضطرار في سفر المعصية :

واختلف كذلك الفقهاء في اباحة تناول المخطورات الاطعمة والاشربة
لمن خرج لارتكاب معصية مثل قطع طريق أو قتل انسان معصوم الدم
أو ارتكاب فاحشة .

فذهب الظاهرية والمالكية والشافعية والحنابلة الى عدم
اباحة شيء له من المخطورات لأنه خرج للمعصية لا للطاعة ، والله
تعالى اباح المخطور للمضطر عوناً له وتيسيراً ، والمعاصي لا يستحسن
الدون ، فان اراده فليقتب الاول ثم ليأكل من هذه المخطورات (١) ولهذا
جعل الله سبحانه وتعالى شرطاً لحل المخطور بأن يكون المضطر غير
باغ ولا عاد أي غير باغ على ايام المسلمين ، ولا عاد بالمعصية طريق المحققين (٢)
ولهذا لا يجوز للمعاصي بسفوره الترخض في أكل المحرمات عند الاضطرار .

ولقد جاء في الامام الشافعي : و من خرج عاصياً لم يحل له مثل
لما حرم الله عز وجل عليه بحال لأن الله تعالى انما احل ما حرم للضرورة
على شرط أن يكون المضطر غير باغ ولا عاد ولا تتجاف الاثم (٣) .
وقال ابن قدامة في المغني : قال اصحابنا ليس للمضطر في سفره
المعصية الأكل من الميتة لقاطع الطريق والآبق (٤) لقوله تعالى (فمن
اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) (٥) .

(١) احكام القرآن لابن السري ٥٥/١-٥٧ شرح الزرقاني على الموطأ ٩/٣ معجم فقهاء ابن حزم ٣/١
(٢) غرائب القرآن للنيسابوري ٧٢/٢ (٣) المغني ٨/٥٩٢
(٤) البقرة ١٧٣ (٥) مكرر منهاج الصالحين للسيد محسن الحكيم ٢٠٤/٢

وهذا هو مذهب الشيعة الامامية ، فلا يباح عند عدم المضطر

الباغى أو العادى تناول الحرام (١) .

ولكن الحنفية ذهبوا الى اباحة المخطوطة للمضطر وان كان خروجه لمصلحة لأن اتلاف نفسه بالامتناع من أكل الميتة ونحوها أشد مصلية مما عوفيه قال تعالى (ولا تقتلوا انفسكم) وهذا عام بالنسبة للطائع والعاصى وايضا فان العاصى قد يتوب فيما بعد فتحوالتوبة عنه ما كان .

وفيه يقول الجصاص * والقول بأنه لا رخصة للعاصى قضيه فاسدة باجماع المسلمين أنهم رخصوا للمقيم العاصى الافطار فى رمضان اذا كان مريضا ، وكذلك يبرخصون له فى السفر اليتيم عند عدم الماء و يرخصون للمقيم العاصى أن يمسح على الخف يوما وليلة .

ومن امثلة معاصى المقيم غير المسافرين (الاصرار على عدم رد المظالم لاعلمها ، أو ترك الصلاة أو الصوم دون أن يتوب منه ، أو ادمان شرب الخمر أو المخدرات ونحوها .

مفتد الجصاص قوله تعالى (الا ما اضطررتم اليه) يوجب الاباحة للجميع من المظلمين والعصاة ، وقوله فى الآية الاخرى (غير باغ ولا عاد) وقوله (غير متجانب لاثم) لما كان محتة أن يريد به البغى والسدوان فى الأكل واختل البغى على الامام أو غيره ، لم يجهز لنا تخصيص عموم الآية الاخرى بالاحتمال

(١) مكرر منهاج المالحين للسيد محسن الحكيم ٢٠٤ / ٢

بطل الواجب عليه على ما هو الذي معنى الصوم من غير تخفيف يعنى
أن المراد من التحريم فى آية (غير باغ ولا عاد) هو مجاوزة حد الضرورة
أو ما تندفع به الحاجة عند الأكل من الميتة (١) .

ويرجع الاستاذ عبد الكريم زيدان القول الأخير لأن إباحة الميتة
ونحوها متعلقة بحالة سفر ولا إقامة ولا بخروج المعصية ولا لطلاعة
فإذا وجدت الضرورة وجدت الإباحة لأنها بمعنى آثارها ، فهى كالإباحة
الفطر فى رمضان للمريض لا يتعلق بحالة سفر ولا إقامة ولا معصية إلا
يرى أن المقيم العاصى يفتقر إذا كان مريضاً لأن رخصة الإفطار سببها
المرض وقد وجد ، فكذا يقال بالنسبة للمضطرب العاصى يأكل من
الميتة لأن الاضطراب وجد .

و أما الآية الكريمة (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) فقد فسرها
بعض العلماء بأن الباغى هو الذى يفتى المحرم مع قدرته على
الحلال ، والمعادى هو الذى يتجاوز قدر الحاجة ، وقال عن هذا
التفسير الامام ابن تيمية (وهذا قول اكثر السلف وهو الصواب بلا ريب و ليس
فى الشرع ما يدل على أن العاصى بسفوره لا يأكل الميتة * وايضا فان من
كسر ساقيه يفتى قاعداً كمن كسرت معافاة ولا يقال للأول لا رخصة
لك فى الصلاة قاعداً لأن عاص بكسرك ساقيك ، فكذلك لا يقال للمضطرب
العاصى فى سفره لا يحتاج لك أكل الميتة بسبب معصيتك ، و أيضاً كيف

نعاقيه بحمله على معصية أكبر وهي قتل نفسه بالامتناع عن أكل الميتة والله تعالى قال (ولا تقتلوا أنفسكم) (١) .

مقدار ما يأكله المضطر من الميتة ونحوها :

إن الفقهاء كلهم متفقون عليه أنه يباح للمضطر الأكل من الميتة ونحوها بقدر ما يسد رقبته ويقي حياته ولا يجوز ما زاد على الشبع ولكنهم اختلفوا في الشبع ، فعند الحنفية لا يجوز للمضطر الشبع لأن ما أباح للضرورة يقدر بما (٢) وقد افقهم الشافعية في الاظهر عندهم ، و أحمد في أصح الروايتين وطائفة من المالكية ، منهم ابن ماحشون و ابن الحبيب .

أما عند الإمام مالك ، فيجوز للمضطر أن يشبع لأن الضرورة ترفع التحريم فيعود المخطور مباحا ، ومقدار الضرورة إنما هو من حالة عدم القوت الحلال الى حالة وجوده ، فة تزول الضرورة بسد الرسق حتى يمنع المضطر من الشبع (٣) .

و أما مذهب الشافعي فهو في ظاهري قوله في الأم الجواز فقال رحمهم الله تعالى : ولا يبين أن يحرم عليه أن يشبع ويروى أن اجزاه اونه لأن التحريم قد زال عنه بالضرورة (٤) .

وفي مذهب الحنابلة روايتان احتاراه الخرق في مختصرة الشنع

-
- (١) حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية ص ١٨ (٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦
 (٣) حاشية الدسوقي ١١٥ / ٢ ، واحكام القرآن لابن العربي ٥٦ / ١
 (٤) الام ٢٥٢ / ٢ ، المجموع للنووي ٣٠٧ / ٩

واختار ابن فدامة التفسيرين بين ما كانت الضرورة مستمرة ، وبين ما اذا كانت مرجوة الزوال ، فان كانت مستمرة جاز الشبع ، لأنه اذا اقتصر على سد الرمق عادت اليه الضرورة عن قرب وربما لا يجد ما يأكله مهلك ، بخلاف التي ليست مستمرة ، فانه يرجوا الغنى عنها كما يحل له (١) .

ولكن هذا الاختلاف جار اذا كانت المخصصة نادرة في وقت من الاوقات ، اما اذا كانت المجاعة عامة دائمة مستمرة ، خلا خلا بين العلماء في جواز الشبع من المستية ونحوها من سائر المخطورات (٢) .

هل يجب على المضطر تناول المخطور :

والفقهاء وكذلك تناولوا موضوع بحث عن وجوب اكل الميتة ونحوها على المضطر سواء كان الاضطرار رجوع أو عطش في محصة أو باكره من مطالب . كالجمهور قالوا : انه يجب عليه الأكل ويحرم عليه الامتناع واذا امتنع عن الأكل حتى مات دخل النار ، واختار هذا المذهب ابن تيمية وقال : والمضطر يجب عليه أكل المستية في طاعة مذهب الأئمة الاربعة (٣) وقال ايضا : يجب على المضطر ان يأكل ويشرب ولم يأكل ويشرب ما يقيم به نفسه ، فمن اضطر الى الميتة أو الماء النجس فلم يشرب ولم يأكل حتى مات دخل النار (٤)

ومثله رواه القرطبي في تفسيره عن الامام المسروق (٥) .

ولقد ذهب بعض الشافعية والقاضي أبو يوسف الى أن المضطر يسعه

(١) احكام القرآن لابن العربي ٥٥ / ١ احكام القرآن للقرطبي ٢٢٦ / ٢
 (٢) الاشباه والنشائر للسيوطي ص ٦٠ ، مالك للاستاذ محمد ابى زهره ص ٤٠٠
 (٣) الاختيار لابن تيمية ٩١ ، المبسوط للسرخسي ١٥١٥ / ٢٤
 (٤) فتاوى ابن تيمية ٢٣ / ١ (٥) تفسير القرطبي ٢٣٢ / ٢

الامتناع ولا اثم عليه اذا مات .

وأصل هذا الخلاف يرجع عند زيدان - الى تكييف اباحة الميتة ونحوها

عند الاضطرار على تعنى هذه الاباحة ، رفع الاثم عن يأكل الميتة مع لقائها على حكمها الاصلى وهو التحريم أم تعنى هذه الاباحة دفع التحريم عنها وجعلها مباحة للخبز والماء .

وقد بسطنا الكلام فيه سابقا تحت عنوان " حكم حالة الضرورة بوجه عام " فيرجع اليه للتفصيل ، أما ابخل القول هنا بقصد اعادة النظر وضبط الخلاف فيه ، بأن الجمهور قالوا : أن الضرورة ترفع التحريم عن مخطورات الاطعمة و الاشربة وتجعلها في حق المضطر مباحة كالشاة والخبز والماء ولهذا لا يعمه الامتناع من هذه المحرمات التي صارت في حقه مباحة وان لم يتناولها حتى مات أو قتل كان آثما لانه يكون كأنه قتل نفسه بهذا الامتناع وخالف قوله تعالى (ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيمًا) (١) .

أما عند الآخرين - و منهم الامام أبو يوسف كما ذكرنا انفا - فان الضرورة تعنى رفع الاثم فقط ، ولا رفع التحريم عن هذه المحرمات كما يبدل عليه قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) (٢) فان امتنع عن أكل الميتة ونحوها في حالة الاضطرار ، امتنع عن المحرم فلا يحكون آثما ومسئولا عنه في الدنيا والآخرة .

(١) المبسوط ٤٨ / ٢٤ ، فتح الزفزار شرح الشار لابن نجيم ١٢٠ / ٣

ولقد رجح زبدان رأى الجمهور لأن حالة الضرورة يحتل المفسر
 مباحا والامتناع عن تناول الصباح الى حد تلف النفس مفسر يأنم به فاعله
 لأن فيه معنى قتل النفس ، وقتل النفس لا يجوز لقول الله تبارك وتعالى
 (ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيمًا) .

والفكره الاساسيه وراء ذلك هى ، على مانرى ، أن نفس الانسان ليست
 ملكه على وجه الحقيقة وانما على بمثابة الـمة أو العارضة عنده
 لانها ملك خالقها و هو الله جل جلاله ، وليس من حق الانسان وهو بمثابة
 الوديع والمستعير اتلاف ما استودعه الله الا اذا أذن له الله تعالى بذلك ،
 وقد اذن له بهذا الاتلاف فى حالات معينة كالقتال فى سبيل الله ،
 وليس من هذه الحالات الانتحار (١) .

مقارنة :-

ان الحلال والحرام — كما يقول الاستاذ يوسف القرضاوى — يدور
 فى فلك التشريع الاسلامى الدام ، وغوتشريع قائم على اما تحقيق الخير
 دفع الضرر والعنف عنهم وارادة اليسر بهم ، يقوم على دفع
 المفسده وجلب الصلحة ، مصلحة الانسان كله جسمه و روحه وعقله ، ومصلحة
 الجماعة كلها ، اغنياء وفقراء وحكاما ومحكومين ، ورجالا ونساء ، ومصلحة
 النوع الاسلامى كله بمختلف اجناسه واللوانه ، وفى شتى اقطاره وبلدانه ، وفى

(١) حالة الضرورة فى الشريعة الإسلامية ص ٢٣

كل عصوره وأحباله (١) .

فالشريعة الإسلامية حرمت بعض الأفعال أصلاً ، لأن في إثباتها ضرر
بمن يأتيها ، فشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير محسومة ، لأنها تضر
لصحة الشارب و الأكل قبل كل شيء فهي أفعال محسومة لمصلحة الفاعل لا لمصلحة
الغير ، فكان من العدل أن تباح إذا أدى تعريضها لا لحاق ضرر أكبر بالفاعل
أو بتعبير آخر إذا انتفت حكمة التعسرين (٢) .

أما القانون الوضعي فلا ينظر إلى تلك الأفعال بهذه النظرية الشرعية
ولكنه يعتبر الجمع الشديد من حالات الضرورة والأصل عند أصحاب النظرية
المضادية من شراح القوانين الوضعية إذا تعارض حقان أو مصلحتان في حالة
الضرورة ، فالفاعل يختار بين الجريمة والخطر الذي يهدده أو بين
تضحية نفسه ، تضحية الغير ولا يعاقب إذا ضحى بالأقل قيمة كتضحية
رغيف لأحياء شحش جائع أما إذا تساوت المصلحتان توضحى بأكثرهما قيمة
فيعاقب الفاعل .

وقد طبقت هذه النظرية في الجلستين في حادث ملخمة أن
يختبأ غرق ونجا من رابه القبطان و آخر و خادم ، واستقلوا قارباً للنجاة
فيقرا به ثمانية عشر يوماً لتأسون أئمة الآلام ، وبعد عدة اتفق القبطان و
و رفيقه على قتل الخادم ليشربا دمه وليقتاتا بلحمه وقتلاه فعلا ، فعكس

عليهما بالاعدام ثم استبدل بالاعدام الحبس (٣) .

(١) الحلال والهرام ص ١٤ (٢) - التشريع الجنائي الإسلامي ١/ ١٧١ هـ

(٣) المرجع ص ١٧١ هـ

فلا يجوز لأى شخص بائع بأن يقتل شخصا آخر لأى باكل لحمه
لسد رمقه أو انتقاء نفسه من الموت لأن الضرر الذى ألحقه لشخص
ليس عو الاضطراب مثله .

ومثال ذلك آخر لذلك قضية غريبة عرضت على القضاة الانكليز
عام ١٨٨٤م و خلاصتها ان سفينة عليها بعض البحارة قد عثت بها الريح
والامواج ورفعتها الى عرض البحار مدة طويلة ، حتى اشرف الركاب خلالها على
الهلاك جوعا ، فممدوا الى قتل بعضهم وعوض الثامنة عشرة من عمره
و ذبحوه بقصد أكله ثم نجو بعد حين ، وحوكموا على صنيعهم لدى
القضاة فحكم بتحريم باعتبار أن خوف الهلاك من الجوع لا يسور جريمة القتل ،
وعلى هذا الاجتهاد سارت المحاكم الأمريكية فى قضية شبيهة (١) .

ونظرية القانون فى عقاب القاتل المضطر للجوع تتفاوت تماما فى النتيجة
مع نظرية الشريعة بهذا الصدد لأن أساس التحريم فيها مصلحة النير
ولا يباح الفعل حينما عين بمصلحة النير ولكن قد رفعت عن الفاعل أو
يخفف عقوبة الفعل الضرورة اما اذا ليس الفعل بمصلحة القاتل نفسه ، لا بمصلحة
الغير فربما يباح كما قلنا .

ولعل منطق الشريعة فى هذه الناحية — كما قال الاستاذ عودة — أرق
من منطق القوانين المدنية التى تسوى فى الحكم بين الجرائم جميعا ،

(١) فلسفة التشريع فى الاسلام للمحمصانى ص ٣١١

و ان اختلف ايمان التعميم فيها . فالقانون المسرى مثلا ليماقب على استعمال اللحم المذبوح خارج السلخانة والحكمة في تحريم الاستعمال الخوف من ان يكون اللحم من حيوان مصاب بمرض معد فيعسر الأكل ، فاذا اضطر الجوع انسانا لياكل من هذا اللحم اعتبر فعله جريمة بالرغم من أن التحريم قصد به أصلا المحافظة على حياة الأكل وبالرغم من أن تحريم الفعل في حالة الاضطرار يؤدي الى القضاء على حياة الأكل و اكتفى برفع العقاب عنه مع أن غلة التحريم في هذه الحالة معدومة ، وعكذا لا نجد الشريعة خالفت القوانين الوضعية الا وجدنا الحق والعدل والمنطق والمصلحة في جانب الشريعة (١) .

(١) التشريع الجنائي الاسامي ٥٧٤ / ١

والمسعى كذلك من حالات الضرورة ، فقال الامام الشافعى رضى الله عنه ،
 "وقيل ان من الضرورة وجهان ثانيهما أن يصرف الرجل المسعى الذى يقول
 له أعمل العلم به أو يكون هو من اهل العلم به ، فاما يبرأ من كان
 به مثل هذا الا أن يسأل كذا أو يشرب كذا أو يقال له أن أعجل ما
 يبرئك اكل كذا أو شرب كذا فيكون له أكل ذلك وشربه (١) .

فقد يكون الانسان مريضاً بحيث لا يمكن له البرء من المسعى الا
 باستخدام محرم للمعالجة كما قد يحتاج الى محرم دواء لتعجيل الشفاء ، فنبحث
 أولاً عن ضرورة التداوى بالنجاسات والمحرمات عامة تخصص بحشا عن
 ضرورة التداوى بالميتة والخمر مع عرض آراء الفقهاء فيها ، ولكن يجد
 ربنا ان نذكر قبل كل ذلك الراى الفقهى فى الكشف والنظر واللمس
 لضرورة المسعى .

الكشف والنظر واللمس :

الأصل انه لا يحل النظر لاجنبى من عورة المرأة أو الرجل
 ولكن نستثنى منه حالة المسعى لأنه يجوز فيها لاغراض الفحص والمعالجة
 كشف العورة ونظر الطبيب الى ما لا يحل له النظر اليه من جسم
 المرأة أو الرجل للضرورة .

الا أن ما أصبح للضرورة بقدر بقدرها فالطبيب إنما يتصرف من
 العورة بقدر الحاجة (٢) أو الضرورة وكذلك ما يتعلق بالكشف والتطهروا
 والجنس بالمسد وغيره ذلك من مقتضيات الحش والمعالجة تقدر بقدر
 الضرورة (٢) . كما يقول السيوطي في الاشباه : لو فسد اجتنى امرأة
 وجب ان يستتر جميع مساعدتها ولا يكشف الا ما لا بد منه للفقد ، وفي
 الجبيرة يجب الا تستتر من الصحيح الا بقدر ما لا بد منه للاستسك (٣) .
 فاذا احتيج لمداواة العورة يكشف الطبيب بمقدار ما يحتاج الى
 كشفه فقط ، وبالنسبة الى المرأة لا يجوز أن يطلع على عورتها للتطبيب
 أو التوليد رجل اذا وجدت امرأة تحسن ذلك ، لأن اطلاع الجنس على
 جنسه اخف مخطورا (٤) .
 فلا تجوز معالجة المرأة من قبل الرجل الا اذا لم توجد المرأة
 العارفة بأمر الطبيب والعلاج ، فاذا لم توجد أو وجدت وكانت قليلة المعرفة
 بامور العلاج جاز معالجة المرأة من قبل الرجل وجاز له من النظر
 واللمس بقدر الضرورة (٥) .
 كما قال السرخسي : واذا أصاب امرأة في موضع لا يحل
 أن ينظر اليه ، لا ينظر اليه ، ولكن يعلم امرأة دواءها لتداويها لأن نظر
 الجنس الى الجنس اخف ... وان لم يجدوا امرأة تداوى تلك أولم يقدروا

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦
 (٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ١٠ / ٥٠ (وحاشية لابن عابدين ٥ / ٥)
 (٣) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٥
 (٤) المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٩٠
 (٥) حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية ص ٢

على امرأة تسلم ذلك أو علمت وخافوا أن تهلك أو يهيمها بلاء أو وجع
لا تحتله فلا يهأس أب يستروا منها كل شئ الا موضع تلك

ثم يداويها رجل ويفض لعبه ما استطاع الا عن ذلك الموضع لأن نظر
الجنس الى غير الجنس أغلط فيعتبر منه تحقق الضرورة وذلك لخوف
الهلاك عليها وعند ذلك لا يباح الا بقدر ما ترتفع الضرورة به (١) .

وفى الفتاوى الهندية: ويجوز النظر الى الفرج للخاتن والقبلة
والطبيب عند المعالجة ، ويفض لعبه ما استطاع ولو خافت الافتصاد من
المرأة فلا جنبي أن يفصدها (٢) .

التداوى بالمحرمات:

أما التداوى بالمحرمات ، فنجد ثلاثة اقوال للفقهاء فى هذا
الخصوص ونحن نذكر كلا من هذه الاقوال وادلتها وبيان الراجح
فى الفقرات المتتالية:

القول الاول - المنع :-

القول الاول عومنع التداوى بالمحرمات ، سواء كانت من الطعام أو من
المشروب، و من اصحاب هذا القول الحنابلة نحو ابن تيمية وابن القيم حيث
قالوا : انه لا تباح التداوى بالمحرم (٣) .

(١) المسوط ١٥٦/١٠ - ١٥٧ الفتاوى الهندية ٣٤٢/٥ - ٣٤٣

(٣) فتاوى ابن تيمية ٢٧٠/١ ، زاد المعاد لابن القيم ١١٤/٣

وابن السريى المالکى يرى نفس الراى وعبره فى أحكام القرآن بعد
 أن ذكر قول سمنون " لا يتداوى بها - أى الخمر - بحال ولا بالخنزير (١) .
 واستدلال هذا الفريق بأحاديث تنص على تحريم التداوى بالخمر
 وبالدواء الخبيث، منها ما رواه الامام مسلم فى صحيحه عن طارق بن سويد
 الجعفى أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الخمر فيها أو كره
 أن يضعها فقال : إنما أضعها للدواء ، فقال انه ليس بدواء ولكنه داء (٢)
 وعن أبى الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله أنزل الداء
 والدواء وجعل لكل داء دواء فتداؤوا ولا تتداؤوا بحرام (٣) .
 ومن الواضح - كما يصرح الاستاذ زيدان - أن اصحاب هذا القول
 لم يجعلوا المرض حالة ضرورة تبيح تناول المحرمات كما قالوا بالنسبة
 للمضطرب الى الميتة ونحوها فى المخصة وحجتهم فى هذا التفريق أن المضطرب
 فى المخصة لا سبيل له لا زالة ضرورته الا الاكل من هذه الايمان المحرمة
 بخلاف حالة المرض ، فان هذه المحرمات لا يتعين تناولها طريقا لشفاء
 لأن الادوية انواع كثيرة والشفاء ليس فى سبب معين يوجب فى العادة كما
 للشبع سبب يوجب فى العادة فقد يتداوى المريض بما يظنه سببا
 للشفاء ولا يشفى ، وقد لا يتداوى أو يتداوى فى غير ما يظن انه
 لازم للشفاء فيشفى ، وهذا كله يدل على افتراق حالة المخصة عن حالة
 المرض ، لأن الاولى حالة ضرورة دعت الى حل المحرمات لأن الجوع يزول بتناولها

(١) احكام القرآن لابن العربى ٥٩/١ (٢) صحيح مسلم ١٥٢/١٣

(٣) نيل الاوطار للشوكاني ٢٠٣/٨ ، زاد المعاد ١١٤/٣

يقيننا ولا يزول بتغيرها بخلاف التداوى بالمحرمات ان لا يتمين حصول
الشفاء بها ولا يملح القول باباحة التداوى بها عن طريق القياس
على حالة المخصصة من وجهين :

(الاول) - ما قلناه أن تناولها في مخصصة يزول به الجوع يقيننا بخلاف التداوى
بها فقد لا يحصل بها الشفاء أصلاً .

(والثاني) - أن أكل الميتة ونحوها في المخصصة واجب على المضطر، ولها التداوى
فليس بواجب على المريض عند جماعير الأئمة ، فان خلقا من الصحابة
والتابعين لم يكونوا يتداون ولم ينكر عليهم أحد من اهل العلم ، و اذا كان
أكل الميتة ونحوها واجبا التداوى ليس واجبا لم يجز قياس احدهما على
الأخر، فان ما كان واجبا قد يباح فيه ما لا يباح في غير الواجب لكون مطلحة
اداء الواجب تفسر مفسدة الحرام (١) .

القول الثاني — الجواز :

وأما القول الثاني فهو اباحة التداوى بالمحرمات واصحاب هذا القول الظاهر
الظاهرية فقد قال ابن حزم لظاهره : الغرض اباحة لمن اضطر اليها ،
فمن اغطر الشرب والحمير لعطش أو علاج أو لدفع فتق فشربها فلا حد
عليه لأن التداوى بمنزلة الضرورة (٢) والضرورات تبيح المخطورات بقوله
تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) فما اضطر المرء اليه

(١) فتاوى ابن تيمية ٢٥٩/١ - ٢٦٠ ، ٢٦٨ - ٢٧٠

(٢) معجم فقه ابن حزم ٣٤٥/١

فهو غير محرم عليه من المأكول والمشروب مثلا البول حرام الله وشربه
ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم أباح للمعمرينيين أبوال الابل على
سبيل التداوى من الممرض (١) .

أما الاحاديث التي ذكرها المائثون في بعضها ضعيف عند ابن حزم
وبعضها مأول بأن المحرمات في حالة الاضطراب من حيث كونها مباحة
ليست من الخبائث فلا يصدق عليها اسم الدواء الحبيث المحرم المنسوع
التداوى به (٢) .

القول الثالث — التفصيل :

و اما القول الثالث فهو القول التفصيل بين حال وحال والقائلين
به الحنفية والشافعية .

أولا - عند الحنفية :

أما عند الحنفية ، فيجوز التداوى بالمحرم عند تيقن حصول الشفاء
فيه و الا لا يباح التداوى به كما صرح الكاساني : والاستشفاء بالحرام
جائز عند تيقن حصول الشفاء فيه كتناول الميتة عند المصمة
والخمر عند المطان والساعة اللقمة وانما لا يباح بالالا يستيقن حصول الشفاء
به (٣) .

و أباح أبو يوسف شرب بول الابل التداوى مع تحريمها لحديث

(١) المرجع السابق ٢٥٣ / ١ (٢) نفس المصدر ٢٥٢ / ١

(٣) البدائع ١ / ٦١

السريين السابق ذكره . ولكن عند الامام الاعظم رحمه الله لا يباح
لان الاستشفاء بالحرام الذي لا يتيقن - حصول الشفاء به حرام ، أما
حديث العرينيين فهو عنده محمول على أن النبي صلى الله عليه وسلم
عرف شفاء أولئك فيه على الخصوص (١) .

ثانياً — عند الشافعية :

و أما الشافعية فهم يفرقون بين الخمر وغيره من المحرمات و
يجيزون التداوى بالنجاسات و سائر المحرمات الاخرى ساعداً الخمر
وهذا مذهب جمهورهم ومستنده حديث المعسرنيين المشهور (٢) .
ولهم اتجاه ثان في الخمر وهو بجواز الشرب لا ساعة المضاهة
اذا لم يجد ما يسيغها به من السؤال الطاهره ، فقد قالوا : لو غص
بلقمة ولم يجد شيئاً يسيغها به الا للخمر فله اساعتها به بلا
خلاف قال به الشافعي و اتفق عليه فقهاء مذهبه ، بل قالوا بوجوب
ذلك عليه - في هذه الحالة لأن السلامة من الموت بهذه الساعة قطعية
بخلاف التداوى وشربها للعطش (٣) .

وهناك اتجاه اخر لدى الشافعية وهو بحرمة التداوى بالخمر
اذا كانت صرفاً ويجوز به عند نقد ما يقوم به من الطاهرات وأن تكون
ممزوجة بشيء آخر بحيث تستهلك فيه ثانياً ان يكون القدر المستعمل قليلاً لا يسكر (٥) .

(١) حاشية ابن عابدين : ٢٢٤ / ٥ (٢) المجموع للنووي ٤٩ / ٩

(٣) نفس المصدر : ٥٠ / ٩ - ٥١ (٤) منى المحتاج ١٨٨ / ٤ ، الفقه على

المذاهب الاربعة ٨ / ١

ولعز بن عبد السلام قول مثله " ان يبرى جواز " التداءى بالنجاسات
 اذا لم يوجد طاهر يقوم مقامها لأن مصلحة العافية والسلامة أكمل من
 مصلحة اجتناب النجاسة ولا يجوز التداءى بالخمر على الأصح الا اذا علم
 أن الشفاء يحصل بها ولم يجد دواء غيرهما (١) .

ونفس الموقف اختاره الزيدية وهو جواز التداءى بالخمر
 حيث خشى التلف أو تلف عضو منه وقطع يحصل البرء بذلك ان هو
 حينئذ كمن غص بلقمة و ان لم يقطع بالشفاء لم يجز ان الخبر يقتضى
 أن لا شفاء به فيبطل ظن حصول الشفاء (٢) ١

تناول المحرم لتعجيل الشفاء :

أما اذا كان فى تناول المحرم لتعجيل الشفاء وفى تركه يخاف على تأخير
 وفق رأى الطبيب المسلم العدل فى اباحة التداءى به رأيان لدى الشافعية،
 ونسأل النوى بأن الأصح هو الجواز (٣) ، ولكنهم يثترطون فيه أن
 لا يجد المريض دواء طاهرا يقوم مقام الدواء المحرم حسب اخبار
 الطبيب المسلم العدل ، و أن لا يكون بقدر كثير حتى ان يسكر .

القول الراجح :

والقول الراجح من بين هذه الاتجاهات المختلفة هو أن حالة
 المريض الذى يخاف فيها على المريض الهلاك داخلية تحت معنى الضرورة

(٢) البحر الزخار ٢٥١/٤

(١) قواعد الاحكام ٨١/١

(٣) المجموع ٤٩/٩

وكذلك خدوت ازدياد المرس يدخل في معناها الاعم والاسهل الذي
 اخترناه في التعريف لأنه من حالات الضرورة فانها تبيح المخطور،
 ان لا فرق بين ضرورة وضرورة ما دام معنى الاضطرار الى المخطور
 موجودا فيهما ، ولأن الآية في هذا الخصوص لا تقيد الاضطرار بضرورة الجوع
 أو العطش ، فينبغي ان حمله على الاطلاق فيدخل فيه الاضطرار الى
 المخطور لغرض التداوى (١) .

ويكفى في حصول الشفاء علم لغلبة الظن فلذلك الدواء مما لا طريق
 الى معرفة حقيقة من جهة معرفة الشفاء به على وجه اليقين فلا نطن
 أن دواء يمكن القطع على وجه اليقين بأن الشفاء ويحصل به اذا وجد
 شيء من الادوية على هذه الصورة فهو نادر والعبرة للغالب الشائع
 لا الغادر (٢) فيحمل قول الفقهاء باشتراط القطع بحصول الشفاء
 على غلبة الظن .

أما الحديث التي استدلل بها المانعون باباحة التداوى بالغمس
 ليست دلالتها على المنع دالة قاطعة ان يمكن حملها على غير حالة الضرورة
 بأن يوجد دواء مباح يفتى عن الدواء المحرم ويقوم مقامه وقد قال بهذا
 الشاويل الشافعية (٣) .

خلاصة الكلام أن اباحة المخطورات للتداوى تشتط يكون المرس

(١) حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية ص ٣٣

(٢) المبسوط للسرخسي ٥٠ / ٢٤ (٣) المجموع ٤٦ / ٩ رفين القدير ش الجامع

الصغير للمناوى ٢١٦ / ٢

خلاصة الكلام أن إباحة المخاضات للتداوى تشتت بها يكون السر محفوظ وعدم وجدان دواء مباح يقوم مقامه وأن يكون باخيار أحد من أهل الطلب العدل الوثوق به على أن هذا الدواء يؤدي إلى الشفاء فسي غالب الظن و أن يكون التناول قدر ما تندفع به الضرورة وإن طالت مدة التداوى (١) .

تعارفه :

إن لها وزن الرضى يعترف بالأعراض الواشيه كمالات اضطرارية يجوز فيها تشريع الأحكام الاستثنائية للدولة دار كتاب المنومات المالزنيه للفرد ولكن لا رأينا في بحثنا من ضرورة المنحصر ونحوها أيضا أن فكرة تحريم الأطعمة والإسرى لها صبغة دينية في الفقه الاسلامي ولا ملائمة لها بالتأويل الوضعي.

ومن أهم حالات الضرورة و أكثرها وقعاً هو الأكراه الطلجئى دون الأكراه غير الطلجئى ، فلنبداً* بتمريف الأكراه مع بيان نوعيه ، ثم بيان احكام الأكراه على اختلاف النفس أو العضو أو القتل والجرح والقطع ، والأكسراه على الزنا أو ارتكاب فاحشة وشرب الخمر و اتلاف مال .

الأكراه لغة وشروعاً :

الأكراه فى اللغة عبارة عن انبات الكره والكسره معنى قائم بالمكسره عينا فى المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل الآخر قال الله سبحانه وتعالى (وعسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم) (١) .

والأكراه فى الشروع عبارة عن تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث يفتى به الرضا (٢) ، فهو فعل لفعله الانسان بنفسه فيزول رضاه أو يفسد اختياره .

انواع الأكراه :

والأكراه نوعان :

(النوع الأول) — وهو يوجب الاجاء والاضطرار طبعاً كالقتل والقطع

(٢) البحر الرائق : ٧٩ / ٨

(١) سورة البقرة : ١٦٧

والضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو قبل الضرب أو كثر ومنهم من قدره بمقدار ضربات الحد انه غير شديد لأن المعول عليه تحقق الضرورة فإذا تحققت فلا معنى لصورة العمد ، وهذا النوع يسمى اكراها تاما أو ملجئا .

النوع الثانى) — وهذا النوع لا يوجب اللجاء والاضطرار كالحبس والقيد والضرب الذى يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الاشياء اعنى الحبس والقيد والضرب ، وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا أو غير ملجئى (١) .

والاكراه يصح أن يكون ماديا ويصح أن يكون معنويا ، فالاكراه المادى عموما كان التهديد والوعيد فيه واقعا ، أما الاكراه المعنوى فهو ما كان الوعيد والتهديد فيه منتظرا لوقوع (٢) .

شروط الاكراه :

ويجب لاعتبار الاكراه ضرورة توفر الشروط الآتية :

أولا — أن يكون الوعيد ملجئا أى مما يستتبع به ضررا كبيرا بحيث يعدم الرضا كالقتل والضرب الشديد والحبس الطويلين .

وتقدير الوعيد الذى يستتبع به — كما يصرح الاستاذ عبدالقادر عوده

(١) بدائع الصنائع ١٢٥/٧ (٢) التشريع الجنائى الإسلامى ١/٥٦٥

— على مسألة موضوعية تختلف باختلاف الأشخاص والاسباب المكرة عليها ، فقد يكون الشيء اكرها في حق شخص دون آخر وفي سبب دون آخر ، فبعض الأشخاص قد لا يتضرر من الضرب عندة أسواط والبعض قد يتضرر من ضربة سوط واحد ، والبعض قد يرحب بمكثه في السجن امدا طويلا ، والبعض قد يضار ببقائه في السجن ليلة واحدة والتهديد بالضرب والحبس والقتل لا يعتبر اكرها في جريمة القتل ولكنه يعتبر اكرها في جريمة الشرب أو السرقة ، والضرب اليسير في حق من يبالى به ليس اكرها ولكنه يعتبر اكرها في حق ذوي المرات ان وقع على وجه يكون اخراقا بصاحبه وعضالة وشهرة في حقه (١) .

ثانياً — أن يكون الوعيد بأمر حال (٢) يوشك أن يقع ان لم يستحب المكروه ، فان كان الوعيد بأمر غير حال فليس ثمة اكراه ، لأن المكروه لديه من الوقت ما يسمح له بحماية نفسه ولأنه ليس في الوعيد غير الحال ما يحمله على المسارعة بارتكاب الفعل ، يرجع في تقدير ما اذا كان الوعيد حالا أو غير حال الى ظروف المكروه والى ظنه الغالب المنسى على أسباب معقولة (٣) .

ثالثاً — أن يكون المكروه قادرا على تحقيق وعيده لأن الضرورة لا

(١) المرجع السابق ٥٦٥/١ (٢) حاشية ابن عابدين ١٠٩/٥

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي ٥٦٢/١

تتحقق الا عند القدرة ، ولا يشترط في المكره أن يكون سلطانا أو مولغا
 له لأن الاكراه ليس الا ايعاد بالحاق المكره وهذا يتحقق من كسل
 مسلط (١) سلطانا كان أو غيره .

ولا يشترط البلوغ لتحقيق الاكراه لأن الاكراه قد يتحقق
 من العبد المقل اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك المقل والتمييز المطلق
 ليس بشرط فبتحقق الاكراه من البالغ المختلط المقل بدد أن كان
 مطاعا مسلطا (٢) .

رابعاً: — أن يغلب على ظن المكره أنه اذا لم يجب الى ما
 دعى اليه تحقق ما أوعده به (٣) لأن غلب الراء حجة
 خصوصاً عند تعذر الوصول الى اليقين حتى أنه لو كان في أكثر
 رأى المكره أن المكره لا يحقق ما أوعده لا يثبت حكم الاكراه
 شرعاً وان وجد صورة الايعاد، لأن الضرورة لم تتحقق .

ومثله لو أمره بفعل لم يوعده عليه ولكن في أكثر
 رأى المكره أنه لو لم يفعل تحقق ما أوعده يثبت حكم الاكراه
 لتحقيق الضرورة (٤) .

اثار الاكراه :

أما اثار الاكراه فهو يختلف في التصرفات الحسية والقولية - أما

(٢) المرجع السابق ١٧٦/٧

(١) بدائع الصنائع ١٧٦/٧

(٤) بدائع الصنائع ١٧٦ / ٧

(٣) التشريع الجنائي ٥٦٨/١

التصرفات الحسية التي يقع عليها الاكراه فهي ثلاثة أنواع :-

(النوع الأول) — عموميا اي يبيحه الاكراه ولا يعتبر جريمة كأكل

البيضة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر اذا كان الاكراه تاما .

(النوع الثاني) — عموميا اي يرخص به الاكراه فيعتبر جريمة

ولكن لا يعاقب عليه كاجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمينان

القلب بالايمان اذا كان الاكراه تاما .

(النوع الثالث) — عموميا ليس بمباح ولا مخصص اي لا يؤثر

عليه الاكراه فلا يبيحه الاكراه ولا يرخص به كقتل السلم بنزير

حق سواء كان الاكراه ناقصا أو تاما وكذلك ضرب الوالدين قتل أو

كسر وهذا الزنا من هذا القيل .

والآن نفصل القول في بيان اثر الاكراه على التصرفات الحسية

نوعا نوعا .

الأكراه على أكل الميتة ونحوها :

اذا كان الاكراه على اكل الميتة والدم و لحم الخنزير تاما

بيان كان يؤيد ذلك لأن هذه الاشياء مما تباح عند الاضطراب قال

الله تبارك وتعالى (الا ما اضطررتم اليه) (١) اي دعكم شدة المجاعة

الى اكلها والامتناع من التحريم اباحة وقد تحقق الاضطراب بالاكراه

ففيما ج له التناول بل لا يباح له الامتناع عنه - ولو امتنع حتى قتل
 يؤخذ به كما في دالة المخصصة لأنه بالامتناع عنه صار ملحقاً بنفسه
 الى التهلكة والله سبحانه وتعالى نهى عن ذلك بقوله تعالى (ولا تلقوا
 بأيديكم الى التهلكة) (١) .

وان كان الاكراه ناقصاً لا يحل له الاقدام عليه ولا يرخص أيضاً
 لأنه لا يفعله الضرورة بل لدفع الدم عن نفسه فكانت الحرمة
 بحكمها قائمة وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا
 والا لاجعينك لا يحل له أن يفعل حتى يجيئه من الجوع ما يذات منه تلف
 النفس أو العضو لأن الضرورة لا تحقق الا في تلك الحالة (٢) .

الأكراه على شرب الخمر:

و اذا اكراه على شرب الخمر اكراهها ملجئاً لا يجب عليه
 الحسد باتفاق العلماء لان الحسد شرع زاجراً عن الحناية في المستقبل
 والشرب خرج من ان يكون جنابة بالاكراه وصار مباحاً بل
 واجباً عليه على ما مر (٣) .

ولا تنفذ تصرفات السكران المكروه على الشرب عند جمهور
 العلماء لأن نفاذ تصرفات السكران في حالة اختياره بدون اكراه
 عند من يقرر نفاذها كان تغليظاً عليه وزجراً له ، ولا معنى

للتعطيل في حالة الاختيار لأنه ليس قائم الفعل فهو كالجنون (١) .
الأكراه على القول الباطل :

وإذا أكره على القول الباطل كما النطق لكلمة الكفر مرتب النبي صلى الله عليه وسلم بمرخص له كذلك والاعل أن قول الكفر أفعال أنواع لكلام الباطل وأقبحه ، به يصير المسلم مرتدا ، وبه ينتقض عقد الذمة فيصير الذمي حاك السدم على رأى جمهور الفقهاء (٢) .
ولكن عند الضرورة يجوز ويرخص للمسلم النطق بكلمة الكفر إذا كان الأكراه تاما ومصرحا فيمنع ثبوت الرخصة فأثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة لا في تغيير وصفه وهو الحرمة لأن حكمة الكفر ما لا يحتمل الإباحة بحال وكانت الحرمة قائمة إلا أنه سقطت المؤاخذة لعذر الأكراه (٣) بدليل قوله تعالى (من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم (٤) .

و نزلت هذه الآية — كما يقول القرطبي — في عمار بن ياسر فيما أخذه المشركون وأباه وأمه وأخذوا يعضونهم ويكسونهم على الكفر فأعطاهم عمار بعض ما أرادوا بلسانه مكروها ، فشكا ذلك إلى رسول الله عليه وسلم ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف تجد قلبك ؟

(١) (٢)
(٣) (٤) العنبر : ١٠٦

قال مطحنن باليمان ، فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعند (١) .

النطق بالكفر رخصة لا عزيمة :

ولكن النطق بكلمة الكفر رخصة لا عزيمة . لأن الكفر فيه حرمة ذاتية التي لا تباح بحال ولكنه يرخص للمضطرب في النطق بكلمة الكفر بشرط اطمئنان قلبه بالايان ، لأن القلب لا سلطان لمخلوق عليه ، فلا ينافى بالاكراه ، أما الحرمة فهي تظل قائمة فيه يقتصر أثر الضرورة على رفع الاثم فقط .

والامتناع عن قول الكفر أفضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان مأجورا لأنه جاد بنفسه في سبيل الله تعالى فيرجو أن يكون له ثواب المجاهدين بالنفس عما و قال عليه الصلاة والسلام من قتل مجبرا في نفسه فهو في ظل العرش يوم القيامة (٢) .

ولهذا اذا اكراه على الكفر فلم يكفر وقتل فهو شهيد و أعظم اجرا عند الله من اختيار الرخصة ، كما ورد في السنة أن عينا لمسلمة الكذاب اخذوا رجلين من المسلمين وذعبوا بهما الى مسلمة ، فأجابيه احدهما مكرها الى ما طلبه منه من الكفر فخلى سبيله و أما الثاني فلم يجبه فقتله فجاء الذي نجاء الى رسول الله . وسلم فقال : أما صاحبك فمضى على ايمانه ، وأما أنت فأخذت بالرخصة .

وكما يرخس للمسلم بقوله الكفر، يرخس له أن ما يعمل الكفر

كالجود المضم (١) .

ومعلا أفلية الأخذ بالمزينة بالامتناع عن قوله الكفر على

الأخذ بالرخسة يقول زيدان أن في هذا الامتناع اعزاز للمدين و اعتزاز

به ، واجلال لرب العالمين ، و اغاظة للكافرين ، وتقوية المؤمنين

ونسب القدوة الحسنة لهم في الثبات على الدين ، كان الممتنع أجر

عظيم لا يناله المترخص ، و منزله أعلى وأفضل من منزلة المترخص ، بل

ان تحصيل هذه المقاصد العظيمة بالامتناع من قول الكفر يعتبر من

جنس ما يحصل بالجهاد والموت من أجلها شهادة في سبيل الله

كالموت في سبيل الله في سوح القتال وقد فضل الله المجاهدين

على القاعدين و أعلى منزلة الشهداء و الممتنع من الكفر من

المجاهدين الشهداء (٢) .

جواز الكذب والحلف عليه للضرورة:

و من قبل الاكراه على القول الباطل الكذب والحلف عليه للضرورة

تخليص نفس يرثية من الهلاك أو امرأة من الزنا بها أو مال معصوم

من الغصب أو من ظالم باغ طارد لمعصوم و انكار وديعة والحلف عليه عند

ما طلبها ظالم متغلب، فيجب في هذه الحالات النطق بالكذب والحلف

(٢) حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية

(١) تفسير القرطبي ١٠ / ١٨٦

عليه حتى قال الامام العزيمى عبد السلام : " ولو صدق فى هذه المواطن
لأثم التسبب الى تحقيق هذه المفسد (١) " .

لأن مفسدة الكذب اعم من مفسدة القتل والزنا وعصب المال
ونكر القدر طبعى قول الحسن فيمن حلفه سلطان ظالم على نفسه
أو على أن يبدله على رجل ليطلق به ظلما أو مال رجل ليأخذه
غصبا ان خاف عليه أو على معاله فليحلف ولا يكفر عن يمينه (٢) .
فشل هذه النقول من جواز الكذب والحلف عليه لتخليص نفس
الحالف أو ماله أو نفس الغير أو ماله من اعتداء المعتدين
أو بغى الباغين — كما يصح الاستاذ زيدان — تكون سوابق
فقهية مهمة تكشف عن جانب دقيق من جوانب الفقه الاسلامى العظيم
فى مواجهة واقع الحياة و كيفيراعى جانب النيات ومالات الافعال (٣) .

التقية :

وكذلك تجوز التقية للضرورة والتقية هى أن يقى الانسان
نفسه من التلف الاذى بما يظهره وان كان يظن خلافه (٤) .
والدليل عليه قوله تعالى (ولا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء
من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله فى شئ) الا أن
تتقوا منهم تقاة و يحذركم الله نفسه والى الله المصير (٥) ويفسر

-
- (١) قواعد الاحكام : ١ / ١٠٧ (٢) تفسير القرطبي : ١٠ / ١٨٩-١٩٠
(٣) حالة الضرورة ص ٦٧
(٤) المسوط : ٢٤ / ٤٥
(٥) سورة آل عمران ٢٨

ابن عباس قوله تعالى (الا ان تتقوا منهم تقاة) بمعنى أن يتكلم بلسانه
و قلبه مطمئن بالايمان ولا يقتل ولا يأتى مأثما (١) وعند روى انما
التقية باللسان لا باليد يعنى القتل والتقية باللسان اجراء كلمة
الكفر مكرها (٢) - أما القتل فلا يجوز بحجة التقية لأنه لا يحل
للمسلم أن يقتل نفسه من الهلاك باهلاك غيره - كما سيأتى تفصيل
ذلك فى البحث عند الاكراه على القتل أو اتلاف النفس .

والتقية كما تجوز مع الكفار ، تجوز مع غيرهم اذا وجد الاضطرار

اليها دفعا لتلف النفس بغير وجه حق من قبل ظالم باغ منتسب

للاسلام كما قال الامام السرخسى : لا بأس بالاستعمال التقية وانه يرخص

ليه فى ترك بعض ما عوفى عنه عند خوف التلف على نفسه (٣) .

وبعد ايراد الاقوال المختلفه حول جواز التقية - يعلق عليها

الاستاذ زيدان بحق - " والتقية وان كانت جائحة للمسلم السى

يوم القيامة كما قال الحسن البصرى (٤) على وجه الرخصة ، فانها

لا تجوز مطلقا للمجاورة والمداهنة فانها فى هذه الحالة تكون من النفاق

المحرم لا من التقية المرخص فيها شرعا ، وكذلك لا تجوز التقية

مع الكفار أو مع غيرهم لا تقاء ادنى ضرر شوقع منهم لأنها

لا تحمل الا مع خوف المقتل أو القطع أو الايذاء العظيم (٥) .

(١) تفسير القرطبى ٥٧/٤ (٢) المبسوط للسرخسى ٤٦/٢٤

(٣) المرجع السابق ٤٧/٢٤ (٤) تفسير القرطبى ٥٧/٤

(٥) حالة الضرورة فى الشريعة الاسلامية ٦٩ - ٧٠

الأكراه على اتلاف المال :

ومن قبيل النوع المبرح من التصرفات الحسية هو اتلاف مال المسلم لأن خدمة مال المسلم حرمة دمه على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال إلا أنه رخص له الاتلاف لعذر الأكراه حال النقص ولو امتنع حتى قتل لا يأنثم بل ثياب لأن الحرمة قائمة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان مأجورا لا مأزورا (١) .

ونفس الحكم جار في مال أصل الذمة لأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا في حرمة المال والدم .

وجوب الضمان على اتلاف المال :

ففي حالة الأكراه الملقى يجوز للمستكره اتلاف مال الغير وقاية لنفسه من الهلاك مع وجوب الضمان على هذا الاتلاف . ولكن هل يجب الضمان على المكره أو المستكره ، فتفرق الفقهاء ففي هذا الخصوص التي ثلاثة مذاهيب :-

(المذهب الأول) — يجب الضمان على المكره الأمر ، لأن الاتلاف منسوب اليه ويعتبر المكره المباشرة الاتلاف والضمنان على مستعمل الآلة لا على الآلة وهذا ما صرح به الحنفية ووافق عليه بعض الشافعية والحنابلة (٢) .

(١) بدائع الصنائع ١٧٧/٧ (٢) مجمع الضمانات للبغدادى ٢٠٥

(المذهب الثاني) — الضمان على الكره المباشر أى الستارة قياساً على المضطر الذى طعام الغير ، اختاره المالكية والظاهرية (١) وبعض الشافعية وجماعة من الحنابلة .

(المذهب الثالث) — وجوب الضمان على كليهما أى الكره و المستكره لأن الاتلاف صدر من المستكره حقيقة ومن المكروه تسبباً و أن التسبب فى الفعل والمباشرة سواء . وهذا مذهب أكثر الشافعية وقول للحنابلة .

والقول الآخر للحنابلة — كما أشرنا إليه انفاً — بأن الضمان على الكره الأمر وحده ولكن للمستحق مطالبة المكروه المباشر ويرجع به على المكروه الأمر (٢) .

اتلاف الانسان ماله :

وإذا أكره الانسان على اتلاف مال نفسه ، فإنه يرخص لكن مع قيام الحرمة حتى لو امتنع فقتل لا يأثم بل ثياب لأن حرمة ماله لا تنقط بالأكراه و أبيع له الدفيع بقوله صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك (٣) كما سيأتى تفصيل ذلك فى البحث عن دفع الصائل مع عرض آراء الفقهاء فيه .

وبناءً على هذا يجوز الانسان دفع ماله لظالم باغ متغلب لينجو من بطشة وقتله ، كما يجوز دفع المال لدفع الهلاك عن نفس النير ، ومثله

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلى ٢٨٦/١

(١) معجم فقه ابن حزم ٢٤/١

(٣) بدائع الصنائع ١٧٧/٢

يجوز للمرأة أن تدفع من مالها لمن يسريدها الزنا بها تخلصا من فعل الفاحشة اذا لم تستطع دفعه بغير ذلك ، بل و يجب عليها دفع المال اذا تعين طريقا للنجاة من الزنا وبذل المال فى هذه الاحوال — وعواتلاف للمال — مباح لبأذله حرام على آخذة (١) .

الاكراه على القتل :

و اما النوع الثالث من التصرفات الحسية الذى لا يباح ولا يرخص بالاكراه اصلا فهو قتل غيره المعصوم الدم ليدفع الهلاك عن نفسه سواء كان الاكراه ناقصا أو تاما ، لأن نفس الغير مثله فى الحرمة وعممة الدم وليس انفاء حياته أولى من القاء حياة غيره فيكون قتله بنيرحق والله تعالى يمتنع من ذلك لقوله (ولا تقتلوا النفس التى حرم الله بالحق (٢)) .

وكونه مضطرا الى اتلاف نفس الغير لا يسر له هذا الاتلاف لأن الاضطرار لا يطل حق الغير فى الحياة و اذا كان مكرها على اتلاف نفس الغير وقد ظلم بهذا الاكراه ، فلا يسر له ذلك اتلاف نفس الغير ان ليس من حق المظلوم ان يظلم غيره اليسرى والقتل من اشد المظالم فلا يجوز (٣) .

(١) قواعد الاحكام للعزبن عبد السلام ١٢١/١ (٢)

(٣) حالة الضرورة فى الشريعة الاسلامية ص ٣٨

حكم القصاص في حالة الاكراه :

وقد اتفق الفقهاء على أن المكره على قتل غيره اكراهاً ما
 طبعاً لم يحل له ارتكاب جريمة القتل لأن الاضطراب لا يفسط
 حرمة القتل ولا يرفع الأثم عن القاتل (١) .
 ولكن إذا قتل المكره شخصاً فعلى أيهما يجب القصاص، المكره المباشر
 أو المكره الآمر ؟

وللفقهاء في هذه المسئلة أربعة أقوال :-

أولها : أن القصاص يجب على المكره المباشر وهو رأي زفر من الحنفية (٢)
 لأن المكره المباشر هو القاتل حقيقة و لذلك يلحقه اثم القتل فيجب
 أن يلحقه حكم القتل وهو القصاص .
 ثانيها : أنه يجب على المكره الآمر والمكره المباشر معاً ، هذا ما
 ذهب اليه الحنابلة والمالكية و من وافقهم ، وللشافعية فيه قولان
 اظهرهما القصاص عليهما معاً لأن المكره الآمر قد تسبب الى القتل
 العمد العدوان فوجب عليه القصاص كشهود القصاص اذا رجعوا
 عن شهادتهم ، ولأن المكره المباشر باشد القتل عمداً وظلماً ليستبقى
 حياته وانما القصاص على القاتل (٣) .

ثالثها : قول أبي حنيفة ومحمد أن يريان وجوب القصاص على المكره الآمر

(١) المغنى ٧/٦٤٥ ، المبوط ٢٤/٧٦ ، أحكام القرآن لابن العربي ٣/١١٩٥

(٢) المبوط ٢٤/٣٦

(٣) نهاية المحتاج للزبي ٧/٢٤٥ ، شرح المعنى ٥٠٦ ، حاشية بسوي ٤/٢٤٥

لأن المكره المباشر من حيث كونه مضطرا جعل كالألة بيد
المكره الأمر والقصاص إنما يجب على مستعمل الألة لا على الألة
نفسها .

رابعها : وهو قول أبى يوسف بأنه لا قصاص على أحدهما ، ولكن تجب
الدية على المكره الأمر لان بقاء الاثم فى حق المكره المباشر
دليل على أن فعل القتل كله لم يعر منسوباً الى المكره الأمر ،
والقصاص لا يجب الا بمباشرة تامة لفعل القتل ، وقد عدم ذلك
من المكره الأمر حقيقة وحكما فلا يلزمه القصاص ، وإنما يؤخذ
بحكم القتل فيما يثبت مع الشهادات وهو الدية (١) .

القول الرابع :

والراجع من هذه الأقوال — كما يصرح زيدان — نحو القول
الثانى أى أنه يجب القصاص على الاثنين : المكره الأمر والمكره المباشر ،
لأنها بمنزلة الشريكين فى الجريمة ، الأول بقصدء الكامل المقتل العمد
العدوان وتسيبه له ، والثانى بمباشرة القتل فعلا ، ولأن فى إيجاب
القصاص عليهما تحقيقا لحكمة القصاص وهو الزجر وسدا لذرائع
الشر والعدوان كالجماعة يقتلون بالواحد قساما لتحقيق معنى الزجر
فى قتلهم وسدا لذرائع الشر والفساد (١) .

(١) البسوط للسرخسى ٢٤ / ٢٦ (٢) حالة الضرورة فى الشريعة الإسلامية ص ٤١

الأكراه على الشهادة الموجبة للقصاص:

وعكذا الحكم في الأكراه الطجى* على الشهادة الكاذبة الموجبة للقصاص، فإن شهد مكرها أو شهد اثنان على وجه الأكراه بأن فلانا هو القاتل عمدا عدوانا، وكانا يلمان أنه برى*، وحكم القاضي بالقصاص عليه ونفذ فعلة ثم ظهر وجه الحق في المسألة كأن اعتبرت الشاهدان بكذب شهادتهما، فقياس قول الفقهاء وجوب إقامة القصاص عليهما أو على من اكسعهما أو عليهما جميعا، حسب أقوال الفقهاء التي ذكرنا انفا في الأكراه على القتل (١) .

الأكراه على القلع وضرب الوالدين:

ومثل الحكم توجد في قطع عضو من أعضاء غيره والضرب المهلك لأن الله تعالى سبحانه وتعالى قال (والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً) وكذلك ضرب الوالدين قال الله تعالى (ولا تمس لهما أف) والنهي عن التأفيف نهي عن الضرب دلالة بالطريق الأولى فكانت الحرمة قائمة بحكمها فلا يرخس الاقدام عليه ولو أقدم يأنثم (٢) .

الأكراه على الزنا:

ان الزنا من المرائم التي لا تؤثر الضرورة بهال ولا يحل قلعا

(٢) بدائع الصنائع ١٢٧/٧

(١) المرجع السابق ص ٤١

الاباضطرار ولا بالاكره الطجى* (١) .

الا ان الفقهاء فرقوا بين الرجل والمرأة وقالوا : انه اذا اكره الرجل اكرها طجئا كأن هدد بالقتل ان لم يسن لم يسنه ذلك لأن الزنا لا يباح للرجل لا بالاكره ولا بغيره ، وان فعله فهو آثم أما المرأة فاذا اكرهت اكرها طجئا على الزنا ولم تستطع دفعه وسعها أن تمكن من نفسها (٢) .

و وجه الفرق بين الرجل والمرأة أن الرجل مباشر لفعل الزنا مستعمل آتته في ذلك حرمة الزنا لا تسزول في حالة الاكره بالقتل ولا يسقط الاثم عن فاطتها ، فاما المرأة فهي مفعول بها وليس من جهتها مباشرة الفعل ، انما السدى منها التمكين من ذلك وتشارك الامتناع ، وفي حالة الضرورة يجوز ترك الامتناع بلا اثم كما في تارك الامر بالمعروف والنهي عن المنكر عند خوف الهلاك عن نفسه لا يكون آثما (٣) .

حدر الزنا في حالة الاكره :

فالمرأة اذا اكرهت على الزنا فزنت فلا يقام عليها الحد عامة الفقهاء لأنها ليست آثمة بدليل قوله تعالى (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ، ومن يكرههن فان الله بعد اكرامهن غفور رحيم (٤)) فالأية تدل على انتفاء الاثم عمن

(٢) المسوط ١٥٤/٢٤

(١) شرح المبطله للأشاشي ص

(٤) النور : ٣٣

(٣) المرجع السابق ١٣٨/٢٤

المراة المستكررة على الزنا واذا انتفى الأثم ارتفع الحد .

وأما الرجل اذا كره على الزنا فزنى فهو آثم ولكن اختلف

الفقهاء فى اقامة الحد عليه .

فذهب الحنابلة والمالكية الى وجوب الحد على الرجل الزانى

لأن الزنا لا يكون الا بانتشار الآلة والاكره ينافيه ، فاذا وجد الانتشار

انتفى الاكره فيلزمه الحد (١) .

وعلى قول الحنفية والشافعية لا يحد لأن الاكره يورث شبهة

والحدود تدرأ بالشبهات (٢) .

أثر الاكره على التصرفات الشرعية :

ان التصرفات الشرعية فى الأصل نوعان : انشاء واقرار - اماء الانشاء

فهو نوعان كذلك : نوع لا يحتل الفسخ ونوع يحتله ، فنحن نذكر أثر الاكره

على هذين النوعين من الانشاء على حدة فى السطور التالية :-

أولا - التصرفات التى لا تحتل الفسخ :

أما التصرفات أو الانشاءات التى لا تحتل الفسخ كالطلاق ، والنكاح ،

والظهار ، واليمين ، والعفو من القصاص ، لا يؤثر عليها الاكره ، فهى

جائزة و نافذة عند الحنفية ، لأنها تصرفات يستوى فيها الجد

والهزل ، والاكره فى معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف فيها ،

(١) المغنى ١٨٧/٧ ، تفسير القرطبي ١٨٢/٨

(٢) المبسوط ٨٨/٢٤ ، نهاية المحتاج ٤٠٥/٧

وهذا يتمشى مع عموم الآية القرآنية (ان طلقها فلا حل له من بعد) (١) .

أما الجمهوريون أن الاكراه يؤثر فى هذه التصرفات فيفسدها فلا يقع طلاق المستكره ولا يثبت عقد الزواج بالاكراه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " عفوت عن أمتى الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه - فليزِم أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفواً ولأن القصد الى ما وضع له التصرفات شرط جوازه ولهذا لا يصح تصرف الصبي والجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع له وإنما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه (٢) .

ثانياً :- التصرفات التى تحتل الفسخ :

وأما الانشاءات أو التصرفات التى تحتل الفسخ كالبيع والشراء والهبة والإيجار ونحوها - فإن الاكراه يفسدها عند جمهور الحنفية ويبقى للمستكره الخيار بعد زوال الاكراه بين اعضاء التصرف وفسخه (٣) . أما عند زفر والمالكية فتعتبر هذه التصرفات موقوفة لان الرضا شرط فى صحة العقد ، لا فى العقاره - حتى لو أجاز المستكره ما اكراه عليه بعد زوال الاكراه أصبح العقد صحيحاً نافذاً ، ولو كان العقد فاسداً ، لما انقلب جائزاً لان الفاسد لا يحتبىر نافذاً بمجرد الاجاره فاشبه الفضولى (٤) .

(٢) بدائع الصنائع ٧ / ٢
(٤) بدائع الصنائع ٧ / الشرح الكبير للدريز

(١) البقرة : ٢٣٠
(٣) الدر المختار ٨٩ / ٥ وما بعدها

ولكن الشافعية والحنبلية قالوا : ان هذه التصرفات —

الاكراه باطله غير صحيحة . (١) .

والخلاصة — كما قال الزحيلي — أن الاكراه يعتبر —

حالات الضرورة في هذه التصرفات فلا يكون العقد صحيحا ، (الاختلاف

السابق بين الفقهاء) .
محصول في بيان درجة التأثير على التصرف (٢) .

أثر الاكراه على الاقارارات:

أما اثر الاكراه على الاقارارات ففيه مذهبان للعلماء المسلمين :-

المذهب الأول) :- لا يؤثر الاكراه على الاقرار سواء كان ما يحتمل

الفسخ كالبيع والاجارة ، أو مما لا يحتمل الفسخ كالطلاق والرجعة وهذا

هو مذهب الحنفية والشافعية والحنبلية والظاهرية (٣) .

المذهب الثاني) :- لا يلزم اقرار المستكره وله الخيار بعد زوال

الاكراه بين امثاله أو فسخه وهذا هو مذهب المالكية (٤) .

الخلاصة :

ويحسن أن نأتى بخلاصة في باب الاكراه بالنسبة الى اثره

في الجرائم ، على لسان عبد القادر عوده ، وأن نأتى بالقول الاخير

لعبد الرزاق السنهوري في اثره الاكراه على التصرفات الشرعية قولية كانت

أو فعلية .

(١) مغنى المحتاج ٢٨٩/٣ ، المغنى ١١٨/٧ (٢) نظرية الضرورة الشرعية ص ٩٦

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ، مغنى المحتاج ٢٨٩/٣ ، اعلام الموقعين ١٨٣/٤

(٤) الشرح الكبير للسوردير ٣٦٧/٢ / ٣٩٧

فقد جاء في كتاب التشريع الجنائي الاسلامي . يعتبر الاكراه مباحا احيانا لبعض الافعال المحرمة كشرب الخمر و أكل الميتة ولحم الحنزير وفي بعض الحالات يرخص الفعل دون اباحة له مثل الترخيص بالتطيق بكلمة الكفر ظاهرا عند الاكراه بالقتل أو قطع بعض الاعضاء وكذلك يتنع العقاب الجزائي شرعا في جرائم لا يحبسها الاكراه ولا يرخص فيها ، وهي القذف والسب والسرقة والغصب واتلاف مال الغير فهذه جرائم لا عقاب عليها اذا اكراه الانسان على اتيانها اكرهاها تاما ولكن امتناع العقاب الجنائي على هذه الجرائم لا يعنى رفع المسؤولية المدنية ، فيظل الجاني مسئولا مدنيا قبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق أو أتلف (١) .

ويقول السنهسيوري : " الاكراه يعتبر عيما من عيوب الارادة الا أن أثره في المذهب الحنفي هو اعتبار العقد موقوفا على رأى زفره ، وهو الرأى المراجع فقها وفي المذهب الشافعي والحنبلي يعتبر العقد باطلا وفي المذهب المالكي يعتبر العقد غير لازم و يلاحظ أن الفقه الاسلامي اشترط في الاكراه على التصرفات الفعلية أن يكون الاكراه طعنا وأما في التصرفات القولية أي التصرفات القانونية فيكفى ثبوت حكم الاكراه أن يكون الاكراه فيها غير طعنى (٢) " .

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ٥٧١ / ١

(٢) مصادر الحق ٢٢٥ / ٢

مقارنة :-

ان الاكراه فى القانون الوضعى قسمان : الاكراه المادى و
 الاكراه المعنوى أما الاكراه المادى فهو القوة الغالبة التى يمارسها شخص
 عمدا ضد آخر فيسلبه ارادته ماديا ، و بصفة مطلقة ، فيما يأتى به من
 الاعمال الايجابية أو السلبية مثل أن يمسك شخص بيد آخر ويرغمه
 بالقوة على توقيع أو ختم اىصال مزور .

و أما الاكراه المعنوى فهو العامل الذى مع ابقائه على
 الارادة من الوجهة المادية فانه يشل حركتها ويذهب بقيمتها مثاله : حاله
 من يرتكب تزويرا تحت تأثير التهديد بقتله بطلقة من مسدس مصوب
 ونحوه أو المرأة المتزوجة التى يرتكب الزنا تحت تأثير التهديد بقتلها
 أو قتل طفلها . (١) .

و قد نص عليه قانون العقوبات المصرى فى المادة ٦١ و أما
 قانون العقوبات السوري فقد نص عليه بشكله المادى والمعنوى فى المادة
 ٣٢٦ و كذلك نصت لمادة ٩٤ من قانون العقوبات الباكستانى على الاكراه
 وهى التى ذكرناها فى النصوص القانونية للضرورة .

والاكراه فى القانون الوضعى لا يعد من اسباب الاباحة بل
 يعتبر من أسباب امتناع المسؤولية الجنائية أو موانع العقاب أى أنه

(١) نظرية الضرورة الشرعية ص ٢٩ نقلا عن موجز القانون الجنائى للدكتور
 على راشد ص ٣٦٦ وما بعدها والبادئ العامة فى قانون العقوبات للدكتور
 محمد الفاضل ٤٣٨ وما بعدها .

لا يبيح الفعل وإنما يرفع العقوبة فقط ، أما الشريعة الإسلامية فهي تجعل الاكراه مبيحا أحيانا لبعض الأفعال المحرمة و ان ضاقت نطاقها كشرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير .

وتتفق الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية التي تنص على رفع العقاب عن ارتكب جريمة ألجأته الى ارتكابها ضرورة وقائية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على و شك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منع بطريقة أخرى (١) .

والقوانين الوضعية وان كانت ترفع العقوبة عن المكره إلا انها تجعله مسؤولا مدنيا عن الأضرار التي أحدثها بالذير ناديا في ذلك شأن الشريعة (٢) كالقذف والسرقه والغصب واثلا مال الغير فهذه الجرائم لا عتاب عليها اذا ما اكروه الانسان على اثباتها اكراها تاما ، ولكن امتناع العقاب الجنائي على هذه الجرائم لا يعفى رفع المسؤولية المدنية يتظل الجاني مسؤولا مدنيا قبل المالك بقيمة ما غصب أو سرق أو اتلف .

ويقول الاستاذ عبد القادر عوده بعد ايراد نظرية الاكراه في الشريعة : ومن له المام بالقوانين الوضعية يرى أن نظرية الشريعة جمعت بين نظريتين يقول بها شراح القوانين : احدهما النظرية

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ص ٥٢٣

(٢) المرجع السابق ٥٢٤/١

الخصية والثانية النظرية المادية وقد جمعت نظرية التريعة بين
أفضل ما فى النظريتين القانونيين وسلمت من عيوبها .

ذلك أن أصحاب النظرية الشخصية يرون أن أساس الإكراه
هو انعدام حرية الإكراه فى الاختيار ، وأما أصحاب النظرية المادية
فيرون أنه كان مختاراً و أن فكرة توفير الاختيار وانعدامه لا تصلح أساساً
لتعليل الإكراه والصحيح عندهم أنه فى حالة الإكراه يكون هناك
تنافس بين حقين أو مصلحتين ، و أن هذا التنافس يقتضى تخصيصاً أحدهما
مادام أقل قيمة من الآخر ، أما إذا تساوت قيمة الحقين أو المصلحتين أو
زادت قيمة أحدهما فأصحاب النظرية ينقسمون على بعضهم ، فمنهم من يرى
العقاب فى أى حال ، أن الجريمة فى هذه الحالة لا تهم الجماعة ،
و لأن المجرم لا يختار خطراً وهو دليل غير مقنع ولا يبرر الجريمة على
أساس قانونى (١) .

أما أثر الإكراه على التصرفات فى القانون المدنى فإنه يعتبر
عيباً من عيوب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد الذى
وقع عليه الإكراه ويمضى الدعوى للمستكره برفع الدعوى إلى القضاء لإبطال
تصرف صادر منه تحت تأثير الإكراه (٢) .

وهكذا يقر الفقه الإسلامى بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة و

(١) نفس المصدر ٥٧٦/١ فضلاً عن الدومعه الجنائية ٤٩٢/١ وشرح قانون العقوبات
للدكتورين كامل موسى والسعيد مصطفى ص ٣١٨ و ما بعدها

(٢) نظرية الضرورة الشرعية ص ١٠١

يعتبر العقد موقوفاً عند الإكراه في المذهب الحنفي ، وباطلاً في
 المذهب الشافعي والحنبلية ، أما في المذهب المالكي فيعتبر العقد غير لازم .
 ومن المعلوم — كما يصرح الأستاذ الزحيلي — أن نظرية
 البطلان النسبي أو قابلية الإبطال في الفقه النسبي تقابل حالات سلب
 اللزوم عن العقد أو التخيير في فقهنا الإسلامي ، و بذلك يلتقي
 القانون المدني في حكم الإكراه مع المذهب المالكي (١) وهذا
 يدل على جامعية الفقه الإسلامي وشموله بمذاهبه المختلفة .

(١) المرجع السابق ص ١٠١ - ١٠٢

دفع الصائل (أى الدفاع لشرعى)معنى دفع الصائل :

هو عبارة عن واجب الانسان فى حماية نفسه أو نفس غيره أو
فى حماية عرضه أو ماله أو مال غيره من اعتداء^١ حال غير مشروع بالقوة
اللازمة لدفع هذا الاعتداء^(١) .

ويراد بالصائل الذى يعتدى على نفس الغير أو عرضه أو ماله
والمعتدى عليه يسمى المصول عليه فى اصطلاح الفقهاء ، ودفع الصائل
أو الدفاع الشرعى سواء كان واجبا أو حقا يقصد منه دفع الاعتداء^٢ .

السند الشرعى لدفع الصائل :

وقد استدل على حق دفع الصائل أى الدفاع الشرعى
بنص من القرآن والسنة ، منها قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فامتدوا
عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (٢) .

وعن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد .
وعن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو أن امرأ اطلع
عليك بغير إذن فخدمته بحصاة ففقات عينه لم يكن عليك جناح .
وقوله صلى الله عليه وسلم : انصراخاك ظالما أو مظلوما

(١) التشريع الدنائى الاسلامى : ٤٧٣ / ١

(٢) سورة البقرة ١٩٤

وقوله صلى الله عليه وسلم : من قتل دون نفسه فهو شهيد ، ومن قتل

دون اهله فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيد (١) .

وفى رواية قاتل رجل رجلاً فمات أحدهما صاحبه ، فانتزع يده

من فيه ، فنزع ثنيته فاختصمها الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال " ايمس

احدكم كما يمس الفحل ، لادية له (٢) .

وفى حديث قال النبي صلى الله عليه وسلم : من أذل عنده مؤمن

فلم ينصره وهو يقدر على أن ينصره أذله الله على رؤس الأشهاد يوم

القيامة (٣) .

فهذه النصوص تقر بجواز دفع الصائل أى الدفاع الشرعى

عند الاعتداء محافظة على النفس والعرض والمال لأن الشريعة الإسلامية

من مقاصدها السامية حماية النفوس والأعراض والأموال وانها وضعت

التزاماً عاماً على الكافة بعدم الاعتداء على الغير، ولما كانت المحافظة

على النفوس وأعراض الناس و أموالهم واجب السلطان ولكن فى حالة

الضرورة حيث لا يجد الانسان حماية من قبل السلطة العامة حالاً

ولا يستطيع اللجوء الى من يحافظه على نفسه أو عرضه أو ماله فأذنت

الشريعة للمعتدى عليه أن يدفع الاعتداء بكل طريق استطاع ولو أدى فعله

الى جرح المعتدى أو قتله .

(١) الجامع الصغير للسيوطى ٥٤٤/٢ (٢) صحيح مسلم ١٠٤/٢

وكذلك جواز الدفاع عن الغير أساسه الحفاظ على المحرمات
مطلقا من نفس أو مال ولأنه لو لا التعاون لكان أمر الناس فوضى ولذبت
الاموال والنفس ضائعة .

شروط دفع الصائل :

والشرط الذى يجب توافره لا اعتبار المصول عليه فى حالة دفاع

شرعى أى دفع الصائل متى ما يلقى :-

(١) أن يكون الاعتداء جريمة لا عن طريق التأديب أو فى استعمال حق

أولاد ، واجب ، ضرب الأب ولده أو زوجته تأديبا وقائع الجلاء

رقبة المحكوم عليه بالاعدام أو القتل استيفا للقصاص أو قطع يد

السراق ، فلا يجوز الدفاع الشرعى مقابل الأب والجلاء وولى

الدم فى هذه الحالات .

(٢) أن يكون الاعتداء حالا اذن لا دفاع اذا كان الاعتداء مؤجلا أو

مهتدا به فقط .

(٣) وأن لا يجد المعتدى عليه فسحة من الوقت للتجار الى السلطة

العامة لحمايته ولكن لا يجد وسيلة أخرى غير الدفاع وهذا

الاعتداء فاذا اسكنه ذلك بوسيلة أخرى كالاقتناصة والاستعانة

برجال الأمن ولم يفعل فهو معتد وفعله جريمة (١) .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٨٢/٥

(٤) أن يدفع الاعتداء بالقوة اللازمة لردّه فان زاد عن ذلك فهو اعتداء لا دفاع فالمصول عليه مقيد دائما بأن يدفع الاعتداء بأيسرها يدفع به وليس له أن يدفعه بالكثير اذا كان يدفع بالقليل وهذا الحكم في الدفاع الشرعى يؤخذ من القاعدة: الضرورات تقدر بقدرها ، كما سبق ذكرها ، ويقول الكاسانى :

" أن من قصد قتل الانسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد ولكن ينظر ان كان المشهور عليه (اى المصول عليه) يمكن دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا يمكن الدفع الا بالقتل يباح القتل لأنه من ضرورات الدفع فان شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع الا بالقتل ألا ترى انه لو استغاث الناس يقتله قبل أن يلحقه النكث ان السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شئ عليه (١) .

التدرج في دفع المائل :

فماضى المصول عليه أن يدفع المائل بالأسهل فالأسهل والتزام التدرج فيه ، والا يكون مسئولا فيما يرتكبه من الاعمال لا تقتضيها الضرورة لأن الضرورة تقدر بقدرها ، ولا ضرورة بالأشد مع تحصيل المقصود بالأخف ،

فعلى هذا الأساس له أن ينتقل الى الضرب باليد ، فان اندفع بالضرب فليس له جرحة وان لم يندفع الا بالجرح فله جرحة و ليس له القتل و اذا لم يندفع الا بالقتل فله قتل ولا مسؤولية عليه ، وان قتل المصول عليه في هذه الحالة فهو شهيد (١) .

ولكن اذا اضطر المصول عليه الى عدم الالتزام بالتدرج بشأن كان يخاف أن الصائل يسبقه في قتله فعليه أن يعمل وفق غالب ظنه ، فذلك اذا هرب (الصائل مثلاً) فلا يجوز اتباعه وتعقبه ، و اذا هرب بالمال حاز للمصول عليه أن يلحقه به لنزع المال منه ، ولو بالقوة اللازمة عند الاقتضاء .

رفع الصائل حق أو واجب ؟

و لبيان حكم رفع الصائل اي الدفاع الشرعي ، نفرد موضوع الدفاع عن النفس اولا والدفاع عن العرض ثانيا والدفاع عن المال ثالثا .

أولا — الدفاع عن النفس:

ومعلوم أن الانسان اذا صال صائل على نفسه جاز له الدفع بالسنة والاجماع (٢) ولكن هل يجب عليه الدفع بالقتال ، ففيه قولان للفقهاء :

(١) المنقذ ٣٢٩/٨ ، نهاية المحتاج ٢٤/٩

(٢) فتاوى ابن تيمية ٥٥٩/٤

أما القول الأول : — فإنه يجب على المعتدى عليه دفع المائل كما
صرح به الجصاص من الحنفية وهذا هو الرأي الغالب في مذهب
مالك والشافعية (١) .

ولكن الشافعية قيد هذه الحالة بأن يكون المائل كافرا
أو بهيمة ، أما إذا كان المائل مسلما ، فلا يجب على المصول عليه دفعه
بل سن له الاستسلام (٢) .

واستدلال على هذا الرأي بقوله تعالى (ولا تعلقوا بأيديكم
الى التهلكة) (٣) والآية (فقاتلوا التي تبغى حتى تغى) السورى
أمر الله (٤) فالله تعالى أمر بقتال الفتنة الباغية ، ولا بغى
أشد من قصد الانسان بالقتل بغير استحقاق (٥) .

أما القول الثانى : — فهو قول واحد للامام احمد ان يرى أن دفع
المائل عن نفس جائزا وليس واجبا ، وحتتبه فى ذلك قول النبى
صلى الله عليه وسلم : كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل و كذلك
عمل عثمان رضى الله عنه اذا ترك القتال مع امكانه وهو كان يعلم
أن الشوار يريدون نفسه (٦) .

و بعض الحنابلة فرقوا بين حالة الفتنة وغير حالة الفتنة
لأن الدفاع جائز فى الأولى و واجب فى الثانية ونفس الرأى اخذ
به بعض الشافعية والمالكية (٧) .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٨١/٥ ، تحفة المحتاج ٢٤/٤ ، مواهب الجليل ٢٢٢/٦
(٢) نهاية المحتاج ٢٣/٨ (٣) - سورة البقرة ١٩٥ (٤) - سورة الحجرات ٩
(٥) احكام القرآن للجصاص ٤٠١٠/٢ (٦) - التشريع الجنائى الاسلامى ٤٧٥/١
(٧) حاشية الرطى ١٦٧/٤ ، شرح الزرقانى ١٦٨/٤

أما القول المراحج فهو القول الأول لأن الشريعة الإسلامية نهت
عن القتل بغير حق لأنه ظلم وفساد في الأرض، والله تبارك وتعالى يأمرنا
بإزالة الظلم والفساد، واستسلام المصول عليه للاعتداء، استسلام للظلم
وتترك له، فلا يجوز، وأيضاً فإن نفس الإنسان ليست ملكاً له، فليس
من حقه أن يعرضها للتلذذ باستسلامه إلى من يريد قتله بغير حق
مع قدرته على رد هذا الاعتداء (١) .

ثانياً — الدفاع عن المعرض:

وقد اتفق الفقهاء على أن دفع المائل واجب حالة الاعتداء
على المعرض فإذا أراد رجل الزنا بأمرأة ولم تستطع دفعه عن نفسها
إلا بالقتل وجب عليها قتله إن أمكنها ذلك لأن التمكين منها محرم
وتترك الدفاع تمكين لهذا المحرم فلا يجوز، وكذلك يجب على
من يورى غيره يريد الزنا بأمرأة ولم يستطع دفعه إلا بالقتل
أن يقتله (٢) .

وقال ابن تيمية : إن للزوج أن يقتل من أراد الزنا بزوجته و إن
أمكن دفعه بدون القتل ، ويجوز قتله أي قتل من أراد الزنا بزوجته دفعا
باتفاق العلماء ، وإذا لم يندفع إلا بالقتل فيها لاتفاق ويجوز في أظهر
القولين قتله وإن اندفع بدونه (٥) .

(١) حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية ص ٤٨

(٢) المغني ٢٣١/٨ ، نهاية المحتاج ٢٢/٨

(٣) مجموعة فتاوى ابن تيمية ٢٢ / ١٥

ثالثا — الدفاع عن المال :

ان الدفاع عن المال حق وليس بواجب عند أغلب الفقهاء فيجوز للمصول عليه أن لا يدفع المائل ويتركه يأخذ ماله أو يعطيه المال ولا يقاتله، كما يجوز له أن يدفعه ، ولو بالقتل (١) .

ولكن بعض الفقهاء يرون أن الدفاع عن المال واجب اذا كان مالا فيه ربح أو كان مالا للغير في يد الدافع كمال المحجور عليه أو الواقف أو مالا مودعا أو كان مالا للدافع ولكن تعلق به حق للغير كرهن أو اجارة (٢) .

والاستاذ عبد الكريم زيدان يوضح وجوب دفع المائل على المال اذا أمكن الحصول دفعه ولو بالقتل لأن اعتداء المائل فساد وظلم وبغى ، ولا سلام يأمر بإزالة ذلك من العوارض ، والاتصال أن حفظ نفس المائل أو نفس المصول أولى من حفظ المال ، لاننا نقول أن المائل في الحقيقة لا يصول على مال محترم فقط ، وانما يصول على حدود الشرع التي أمر الله أن تصان وتحترم فضلا عما في رعا له من تدريع للآمنين وإشاعة الخوف بين المال ، أما اذا قتل المصول عليه في أثناء دفعه وقتاله للمائل فانه يموت شهيدا ، ولا أعلام من درجة الشهادة عند الله (٣) .

(١) المغنى ٣٢٩/ ٨ التشريع الجنائي الاسلامي ٤٧٦/١

(٢) حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية ص ٥٠

تجاوز حق الدفاع :

إذا تجاوز حد الدفاع ، بمعنى إذا استعمل المدافع قوة أكثر مما تقتضى الضرورة لدفع الاعتداء فهو مسئول عن فعله الذى تعدى به حد الدفاع المشروع (١) .

فإذا كان الصائل يندفع بالشهيد فضربه فهو مسئول عن الضرب، وأن كان يندفع بالضرب باليد فجرحه فهو مسئول عن الجرح ، وإن كان يندفع بالجرح فقتله فهو مسئول عن القتل ، وإن ضرب الصائل بعد أن جرحه فاتبعه المدافع وجرحه مرة ثانية فهو مسئول عن الجرح الثانى ، وإن عطل مقاومته ثم قطع بعد ذلك يده أو رجله أو قتله فهو مسئول عما فعله بعد تعطيل المقاومة ، وهكذا يسأل المصول عليه عن كل فعل لم يكن لازماً لدفع الاعتداء (٢) .

مشروعية حق الدفاع للصائل :

إذا تجاوز المصول عليه حدود الدفاع المشروع، يصبح الصائل فى حالة دفاع . ويصح له حق الدفاع عن نفسه لأن عمل المصول عليه يصبح حينذاك اعتداءً والدفاع يتولد عن الاعتداء فيعوز للصائل أن يدافع عن نفسه هذا الاعتداءً بأيسره ما يندفع به (٢) .

(١) التشريع الجنائى ٤٨٦ / ١ (٢) التشريع الجنائى الاسلامى ٤٨٧ / ١

(٣) المرجع السابق ٤٨٨ / ١

أثر دفع المائل على المسؤولية:

قد اتفق الفقهاء على أن أفعال الدافع مباحة فلا مسؤولية على المدافع من الناحية الجنائية لأن الفعل في حالة الدافع ليس جريمة .

أما المسؤولية المدنية فهي أيضا لا تجب على المصول عليه لأنه أتى فعلا مباحا و أدى واجبا أو استعمل حقا .

قرره الشارع الا اذا تعدى أو تجاوز الدافع حدود الدافع فيصبح فعله جريمة يسأل عنها من الناحيتين الجنائية والمدنية وهذا ما ذهب اليه الجمهور .

أما أبوحنيفة فهو يرى أن الدافع يكون مسئولا مدنيا اذا كان المائل صبيا أو مجنونا أو حيوانا ، فيلزمه الضمان على ما ألحق بهم من تلف أو ضرر، لأن أفعال عدولا ليست بجرائم ، وانما جاز دفعهم ضرورة فلا يسقط الضمان (١) .

مقارنة:

ان الدافع الشرعى في القوانين الوضعية — كما يقول الاستاذ عبدالقادر عوده بحق — " فقد اختلف باختلاف الارضه ، فقديما كانوا يرون أنه حق مستمد من القانون الطبيعى لا القانون الرسمى ، وفي البصور

(١) المعنى ٢٢٨/٨ - ٢٣٣ الشرع الجنائي الاسلامي المصمم من قبل الدكتور محمد ع. ٨٠/١

مالة لحدثة في شرع اسلامي ص ٥٢

الوسطى اعتبر الدفاع حالة لا تمنع من العقوبة ، ولكنها لا تؤهل للمعفو
عن العقوبة ، و فى القرن الثامن عشر فسر الدفاع بأنه حالة ضرورة
تبيح للمرء أن يدافع عن نفسه بنفسه وتنشأ الضرورة من عدم
وجود حماية حاضرة من الهيئة الاجتماعية ، و فى القرن التاسع عشر
كيف الدفاع بأنه حالة من حالات الاكراه لان الخلق المحدق بالدافع
يجعله عديم الاختيار ، و لأن الجانى يندفع بغزيرته للمحافظة على
حياته ، و قد أخذ على هذا التكييف بأنه لا يعمل الدفاع عن الغير
و لا عن المال و انه يؤدي الى تبرير الدفاع عند استعمال الحق أو
اداء الواجب .

أحدث الآراء اليوم فى القوانين الوضعية أن الدفاع استعمال لحر
أباحه القانون أى معنى بل اداء الواجب ، لأن من حق كل انسان بل و من
واجبه أن يعنى بالمحافظة على حياته وان يدافع عن نفسه و ماله فضلا
عن أن الجماعة لا مصلحة لها فى العقاب ، لأن المدافع ليس بمجرم يخشى
على الجماعة من شره .

و الثانى من مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور
و تطوراتها المستمرة انها انتهت فى القرن العشرين الى ما بدأت به الشريعة
الاسلامية فى القرن السابع ، فالدفاع يكتفى فى الشريعة بأنه واجب فى

أكثر الحالات حق في بعضها ، وعموياً كيف اليوم في القوانين الوضعية بانه
حق ان لم يكن واجباً ، ولعلنا قليل نرى شراح القوانين الوضعية يحددون
الدفاع الواجب كما فعل فقهاء الشريعة (١) .

و نقيض القانون الوضعي أنه لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً
لحق الدفاع الشرعي ، ويوجد هذا الحق اذا توافرت الشروط الآتية :

١ - اذا واجه المدافع خطراً حال من جريمة على النفس أو على المال أو اعتقد
قيام هذا الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أياها معقوله .

٢ - أن يتمذر عليه اللجوء الى السلطات العامة لا تقا هذا الخطر
في الوقت المناسب .

٣ - الا يكون امامه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر ويستوى في
قيام هذا الحق أن يكون التهديد في الخطر موجهاً الى نفس

المدافع أو ماله أو موجهاً الى نفس الغير أو ماله (٢) .

وكذلك يقرر القانون الوضعي حق الدفاع الشرعي عن نفس الغير
وعرضه و ماله - فالدفاع الشرعي يكون عند تحقق شروط حقاً لصاحبه
وليس واجباً عليه فان شاء استعمله وان شاء لم يستعمله .

فنرى أن شروط الدفاع في الشريعة فهي نفس الشروط في القوانين
الوضعية الحديثة وكذلك يماثل في حكم الدفاع في الشريعة

(١) الشريعة، ص ٧٧٠

بحكمه في القوانين الوضعية التي تجعل الفعل مباحا، ولا ترتب مسؤولية
جنائية أو مدنية على المدافع إلا في حالة تجاوز الدفع (١) .

(١) التشريع الجنائي الإسلامي ١ / ٤٨٩

المبحث الخامس : الجائحة أو الآفة السماوية

و من حالات الضرورة الجائحة وهي لغة من جاح يجوح جوحا
واجتاحا أى الاستئصال ويقال جاحتهم السنة أى استأصلت أموالهم والجائحة
الشدة والناز له العظيمة وفى الحديث (أعاذكم الله من جوح الدمر) (١) .
وفى الاصطلاح بشرعى الجائحة على الآفة السماوية التى لا
يمكن معها تشيىن أحد مثل الريح والبرد والحر والمطر والجليد و
الصاعقه والزلازل ونحوها (٢) .

ولقد لاحظ الشرع الاسلامى الظروف الطارئة التى تجعل
تنفيذ الالتزام مرعقا والقوة القاهرة التى تجعل تنفيذه مستحيلا فحث
على ايجاد مخرج له أو تخفيف العبء الملقى على عاتقه نتيجة تلك
الظروف الطارئة أو القوة القاهرة التى لم يكن التعاقد يتوقعه
عند ابرام العقد ولم يمكنه التحرز منه وذلك أباح الشارع له عدم
تنفيذ التزامه فى هذه الحالة للضرورة (٣) .

والدليل عليه قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراس منكم) (٤) وقوله تعالى
(فيما نقضهم ميثاقهم الى قوله وأخذهم الربا وقد نهوا عنه
وأكلهم أموال الناس بالباطل) و ان من اكل اموال الناس بالباطل أخذ احد

(١) لسان العرب ٤٣١/٢ ، منجم تاج العروس ١٤٢/٢
(٢) رسائل ابن تيمية ٢١٨
(٣) نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون
لفاضل شاكر النجدي ص ٢٣
(٤)

الموضين دون تسليم لآخر و ان ما تلف يجب الا يقابله شيء من العوض
فاذا تلفت الثمرة لا يبقى للمشتري مقابل ما دفعه .

أما الأحاديث التي دلت على اعتبار الجائحة فمنها قوله صلى
الله عليه وسلم (كل بيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) وحديث
الجائحة (لو بعت من اخيك ثمران فاصابته جائحة فلا يعمل له
أن تأخذ منه شيئا لم تأخذ مال اخيك بغير حق) (١) .

فاذا تلفت الثمرة بسبب آفة سماوية فعقدك لا يبقى للمشتري
في مقابل ما دفعه شيء فمثل هذه الظروف الطارئة التي كانت بسبب
آفة سماوية خارجة عن ارادة المدين وبدون خطأ منه فتقضى الترفق
به ورفع الضرر عنه وذلك بالحط من الثمن بقدر التلف الذي سببه
الجائحة .

ولقد نص الفقهاء صراحة على أن التلف اقوى اسباب الفسخ (٢)
و اعتبر ابن نجيم والسيوطي هلاك المبيع قبل القبض سبب من اسباب الفسخ (٣) .
والأصل في العقود ان تكون لازمة ويعبر عن ذلك شرعا
إصالة اللزوم فليس لأحد العاقدين فسخها ولكن الشريعة السحا
البعضا تعطى الحق لأحد العاقدين بطلب الفسخ في حالة الاضطراب
و حدوث الضرر له اذا ما ألزم على التنفيذ بسبب حدوث خوات عام

(٢) المسوط للسرخسي ٥/١٦

(٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ١٨٥ ، و للسيوطي ١٤٦

أو حدوث عيب فى العقود عليه يؤدى إلى انتقاص المنفعة أو إزالتها
بأجمعها الهلاك العقود عليه أو لمانع شرعى مثلاً يتعذر فيه الانتفاع
أو يتعذر التسليم وتطبيقاً لقاعده عدم التوسع بالاستثناء عن هذا
الأصل إلا بالقدر الذى شرع من أجله .

فى العقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار إذا حدث طارئ
قبل تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه ، و لو كان من شأنه أن يسبب عجز
العاقدة عن المضى فى موجب العقد ، أو باستيفاء العقود عليه
إلا بضرر لم يستحقه بالعقد ، سواء أصاب الضرر نفسه أو ماله فلا
أن يفسخ العقد بالعدول .

وفى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ كبيع الشار والبقول التى
أبقيت على رؤوس الشجر حتى تستوفى طيها إذا أصابتها جائحة سبب
اتلاف الشجرة وضع عن المشترون من الثمن بقدر التلف الذى سببه
الجائحة .

الفسخ بالاعذار :-

و لكن اختلف الفقهاء فى الفسخ بالاعذار: فعند الحنابلة لم
يجز فسخ الإجارة لعذر خاص بإحدى العاقدين كأن يخاف المستأجر
من سكنى المأجور وحده لقرب أعدائه منه أو حيلولهم فى طريقه

دكان يبيع أو يمسح أو يثقب متاعه ومنها اعذار خاصته به ولا تمنع

استيفاء المنفعة منعة مطلقا (١) خلافا للظاهرية (٢) .

وكذلك الاحناف يتوسعون في الفسخ بالاعذار الى درجة

يعطون الحق لأحد العاقلين أن يطلب الفسخ اذا بداله ذلك لغوات

مصلحة كمن يستأجر دابة لیسافر عليها ثم يدو له ترك السفر

لمصلحة كأن يطلب تجارة فينتقر أو يسريد الحج فيفوت وقته وهذا

يؤدى الى عدم استقرار المعاملات (٣) .

أما عند الشافعية والمالكية فلا تجوز فسخ عقد الإجارة للاعذار

الا في حدود ضيقه فهي لا تجيز الفسخ لتعذر السفر بالدابة المستأجرة

لظرق خوف كما لا يعتبر عذرا اذا كان تعذر الانتفاع يرجع لمعنى في

غير المعقود عليه كما لو ضرب ماحول الدار أو أبطل أمير البلدة

التفج في السفن كذلك لا تنفسخ في موت المؤجر أم المستأجر (٤) .

والرأى الراجح — كما يقول الاستاذ فاضل شاکر النعیمی — هو

رأى الحنابلة لأنه سلك طريقا وسطا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

و طبقت القاعدة الفقهية تطهيق الضرورة دون تجاوز على الحقوق

الغیر (٥) .

(٢) ١٨٧/٨

(١) المغنى ٤١٨/٥

(٤) الأم ٥٠/٣

(٣) بدائع الصنائع ١٩٧/٤

(٥) نظرية الظروف الطارئة ٣٨٠

وضع الجوائح :

ان جميع الفقهاء متفقون على أن التلف قبل التمكن من القبض يكون من ضمان البائع ولكن الخلاف في أن تلف الثمر كمال صلاحه على هو تلف قبل التمكن من القبض أم لا ؟ .

فان المالكية يأخذون بوضع الجوائح فيقرون انقاس لثمن الدائعه بسبب التلف الذى سببه و كذلك قالت الحنابلة .
دليل ذلك : أن بيع الثمار قائمة على الاشجار وان خلى البائع بينهما وبين المشتري فلا تكون قبضا كاملا ، تحكم التلف فى الثمار بسبب الدائعه ولو قبل القبض فيكون على البائع .

أما الشافعية فيميزون بين فرضين :

(١) — اذا اتفق المشتري مع البائع على لقاء الثمر على الشجر الى يوم قطفه ، فلا يعتبر انه قد تسلمه قبل القطف ، و من ثم تكون الدائعه على البائع تطبيقا للقاعدة الدامه أن الهلاك على البائع قبل التسليم وهذه القاعدة تطبق على القوانين أيضا .

(٢) — أن يخلى البائع الثمار للمشتري من وقت البيع فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، و من ثم تكون الدائعه على المشتري تطبيقا للقاعدة الدامه أن الهلاك على المشتري بعد التسليم وهذه القاعدة

تطبق فى القانون ايضا (١) .

أما الاحناف فانهم لا يفرون انقاص الثمن للجوائح فى بيع الثمار حيث يعتبرون البيع الواقع على الثمار قبل بدو صلاح بيعها فاسدا ، و ذلك أيضا للعامة والفساد فهم لا يأخذون بوضع الجوائح و لأن البيع تقرر لقيض البيع تقرر الثمن ، و لأن القبض يتم بالتمكين والتخلية وارتفاع الموانع ولا توجد هذا فى بيع الثمار قبل بدو صلاحها .

مقارنه :

ان القوانين الضمنية حينما تطورت و تجددت اقترت بنظرية الظروف الطارئة والقصة القاهرة لكن الفقه الاسلامى عالج الظروف الطارئة خير علاج قبل أن يعرف عنها القانون شيئا مذكورا وقد سبق الفقه القانون بقرون عدة تطبيق أحكام النظرية كحلول عطية لمائل مختلفة وان سميت باسماء متنوعة تارة الفسخ بالاعذار وطورا وبيع الجوائح و اخرى تعديل العقد فى حالة تقلب قيمة النقود كانها تضاعفى ما وصلت اليه أحدث القوانين من تطور فى معالجة الظروف الطارئة وأثرها فى الالتزام (١) .

والظرف الطارئ فى الاصطلاح القانونى هو الحادث النادر

(١) نظرية الظروف الطارئة ص ٤٥

الوقوع كزلزال أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهـس في الأسعار أو نزول
فاحش فيما يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه والا يكون
بالإمكان توقعه أو التحرز عنه (١) .

و أما القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فهو امر غير متوقع
الحصول وغير ممكن الدفع الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا
دون أن يكون هناك خطأ في جانب السدين (٢) .

فالظروف الطارئة تجعل الوفاء بالالتزامات مرهقا وفيها يعدل
الالتزام الى الحد المعقول كى يتناسب تنفيذه مع تلك الظروف
ولكن القوة القاهرة تجعله مستحيلا استماله تامه فينقضى بها الالتزام.
نفى القانون الرومانى والفرنسى اذا استمال على المؤجر
بقوة قاهرة الوفاء بالتزامه ، سقط من التزام المستأجر بدفع الأجرة
مما يناسب ما استمال تنفيذه ، واذا استمال على الأجير الوفاء بالتزامه
وهو وضع نفسه تحت تصرف سيده أو القيام بالعمل المتفق عليه
بان مرضا أعجزه عن العمل ، فإنه تنقـط عن المؤجر
الأجرة كلها أو بعضها حسب الأصول ولكن القانون الرومانى لم يأخذ
بها فى عقد البيع فيبقى المشتري ملزما بدفع الثمن اذا هلك
المبيع فى يد الدائع قبل وفاته بالتزامه بالتسليم وكذلك نهج

(٢) نظرية الضرورة الشرعية ص ٢٢٥

(١) الوسيط للسند ص ١ /

القانون الفرنسى نهج القانون الرومانى .

أما القانون الالمانى فعلا من العيب الذى اشتمل عليه القانون الرومانى والفرنسى و أخذ بها فى العقود الملزمة للجانبين سواء كانت عقودا واقعة على الملكية أم على المنفعة بما تقضى به طبيعىة القصد من جعل الهلاك على المدين — كذلك فعل المشرع

المصرى فى القانون المدنى لجديد (١) .

والظرف الطارىء — كما نرى — يقابله فى الفقه الاسلامى الآفة السماوية أو الجائحة أو النازلة و كل عذر فى بقاءه ضرر على أحد المتعاقدين كمعرض مانع أو خوف مانع (٢) وكذلك عرف الفقهاء القوه القاهرة بالآفة السماوية التى لا يمكن معها تعين أحد و ضربوا لا لها الاثله من الريح والبرد والحمر والمطر والجهد والماءقة والزلال و نحوها (٣) .

و يظهر أن أساس النظرية فى الفقه الاسلامى هو رفع الضرر الذى يصيب التعاقد اذا ما نفذ التزامه بسبب الظرف الطارىء غير المتوقع عند التعاقد ، أى ضرر كان اصاب النفس أم اصاب الحال نهى اوسع نطاقا منها فى القانون لأن الأخيز يستند الى الضرر الاقتصادى واعادة توازنه بين المتعاقدين فقط - و هى على

(١) نظرية الظروف الطارئة ص (٢) بداية المجتهد ١٨٦/٢ ، المحلى ١٨٦/٨

(٣) رسائل ابن تيمية - الرساله الثامنه ٢١٨

هذا الاصل تنظيم فيها نبي الفقه الاسلامي الظروف الطارئة والقوة
القاهرة وقياس النظرية في الفقه الاسلامي اكثر مرونة منه
في القانون^(١)!

(١) نظرية الظروف الطارئة ص ٢٠٧٨

المبحث السادس : حالات الضرورة الأخرى

الآن نورد أن نذكر على سبيل الاجمال حالات الضرورة الأخرى مثل حالة الترس واشراف السفينة على الغرق ، والحريق في منزل آخر ، والمسر وعصوم البلوى ، والظفر بالحق ، والتعسف في استعمال الحق ، والضرورة العامة .

التتروس :-

الأصل أن معصوم الدم لا يباح قتله بأي حال الا هناك صورتان استثناء من اصل كلى ، فالصورة الأولى بحثنا عنها في باب دفع المائل (أو الدفاع الشرعى) والصورة الثانية هي حالة تتروس العدد بالمسلمين فيجوز الضرورة على وجه الاستثناء مباشرة قتل معصوم فيقول ابن قدامه : اذا تتروس العدد بمسلم ورعت الحاجة الى رميهم للخوف على المسلمين جاز رميهم لانها حالة ضرورة (١) وهذا محل اتفاق بين الفقهاء على ما ذكره ابن تيمية في فتاويه (١) .

وعلى له الغزالي : ان الكفار اذا تتروسوا بجماعة من المسلمين فلو كففنا عنهم لصدموننا وغلبنونا على دار السلام وقتلوا كافة المسلمين فيجوز أن نرى هذا التروس حفظا لسائر المسلمين (٢) وقال ابن نجيم : وجاز الرمي الى الكفار اذا تتروسوا لصبيان المسلمين ، لأن هذا

(٢) فتاوى ابن تيمية ٢٩٩/٤

(١) المغن ٤٥٠/١

(٣) المستغنى ٢٨٩/١ وما بعدها

من تهويل الضرر الخاص لدفع الضرر العام (١) و قال الدزيبين

عبد السلام : قتل من لا ذنب له من المسلمين مفسدة الا اذا تنسوس

بهم الكفار وخيف من ذلك اصطلاح المسلمين ، ففى جواز قتلهم لأن

قتل عشرة من المسلمين أقل مفسدة من قتل جميع المسلمين .

و كذلك قتل الكفار من النساء و الاطفال مفسدة ولكنه يجوز

اذا تنسوس بهم الكفار بحيث لا يمكن دفعهم الا بقتلهم (٢) .

ويصرح الغزالي فى مثال التنسوس المذكور أن الصلحة غير

الماخوذة بطريق القياس على نص معين ، انقدح اعتبارها بتوفر

ثلاثة أوصاف أنها ضرورية ، قطعية ، كلية . فان فقد وصف من هذه الاوصاف

بأن كان الوصف مناسباً حاجياً ، أو ضرورياً ظنياً أو ضرورياً قطعياً ، لم

يجز الاقدام على ما عرف من الشرح تحريمه .

ومثال ذلك : اذا تنسوس الكفار فى قلعة مسلم لا يحل رمى

التنسوس ان لا ضرورة الى فتح القلعة - ورأى الغزالي واضح متى كان

الحكم المراد اعطائه للفعل مصادماً لنصوص شرعية فان ذلك لا يجوز

الا اذا اتضحت الضرورة اتضاحاً تاماً و كانت الضرورة لئلا يهلكها (٣) .

اشراف السفينة على الذوق :

وكذلك : جماعة فى السفينة التى تتوشك أن تغرق لثقل

(٢) التوامر الكبرى ٩٥/١

(١) الاسباه دى نظام ص ٨٧

(٣) المستمضى ١/

حمولتها من الركاب، لو طرحوا واحدا لنجوا و الا اغرقوا بجملتهم لا يجوز اغراق احدهم لأن الصلحة — كما يقول الفزالي — ليست كلية ، أو يحصل بها هلاك عدد محصور وليس كذلك كاستئصال كافة المسلمين و لأنه ليس يتعين واحد للاغراق الا ان يتعين بالقرعة ولا أصل لها (١) .

القائه حمولة السفينة :

أما اذا خيف على السفينة انفسوق لثقل حمولتها فيجب القاء بعض حمولتها اذا غلب على الظن ضرورة ذلك لنجاة السفينة وركابها ولا ضمان في المال المطروح عند الشافعية اذا كان القاء من قبل صاحبه أو بأذنه فان لم يكن بإذنه فالضمان على طقيه من ملاح أو راكب (٢) . وقال القرافي : ان الضمان على جميع ركاب السفينة لأنهم صانوا المال المطروح وما لهم والعادل عدم اختصاص احدهم بالمطروح ان ليس أحدهم أولى من الآخر وهو سبب سلامة جميعهم (٣) .

الحريق في منزل آخر :

و اذا شب الحريق في منزل آخر يجوز ، بل يجب هدم الدور الملاصقه للحريق منعاً لتجاوزه اذا خيف سربانه (٤)

(١) المستصفي ٣١٢/١ وما بعدها (٢) نهاية المحتاج ٣٤٨/٧

(٣) الفروق ٨/٤

والهتادام لا يكون مسئولاً جنائياً بل تقع عليه المسئولية المدنية أحياناً . نصت
المجلة فى المادة ٩١٩ منها :

لو عديم احد دارا بلا اذن صاحبها لأجل وقوع حريق و

انقطع الحريق فان كان الهتادام هدمها بأمر اولى الأمر لا يلزم
الضمان وان كان عديمها بنفسه يلزم الضمان .

والحريق يعتبر موضع ضرورة عند المشرع الوضع

قد نص عليه قانون العقوبات الباكستانى موضحاً نظرية الضرورة
فى البادة ٨١ منه :

اذا عديم الشخص البهوت المجاورة للحريق فعلى لسريانه

بحسن نية لوقاية نفس الانسان والبال ، لا يعد مجرماً اذا كان
الضرر المتوقع منه و شيكا أو ملجئاً (١) .

العسر وعموم البلوى :

ان العسر وعموم البلوى كما رأينا من جملة أسباب التخفيف

فى الفقه الاسلامى لأن المشرع الاسلامى الحنيف لا يرضى بضيق
والعنيت ، أما العسر فعناه الضيق ، و اما عموم البلوى فعناه شيع
البلاء بحيث يصعب على الانسان التخلص والابتعاد عنه ، فالعسر
وعموم البلوى يكون سبباً للتخفيف والترخيص فى جميع أبواب

(١) قانون المـرائم (Law of Crimes) ١٥٧

ابواب الفقه من كالظلمات والعبادات والمعاملات كما هو مبسوط
فى مواضعها .

فقد يكون العسر وعموم البلوى موضع حاجة وقد يكون
موضع ضرورة ، فمثلا يذكر السيوطى فى تطبيقها اباحة النظر
عند الخطبة والتعليم والاشهار والمعادلة والمعالجة (١) ولكنه يعتبر
ضرورة عند من يقر بكون المرض حالة ضرورة (٢) .

وأورده المحمضانى من تطبيقات قاعدة الضرورة ويقل : ومنها
التيسير للعسر وعموم البلوى ، ومثاله : اذا تحقق عسر المديون عن
اداء دينه جازت قسيطة الدفع عليه عملا ، بالآية الكريمة (وان كان ذو
عسرة فنتظروا الى ميسرة) وهذا التقسيط والامهال اسماء قانون
النوجبات اللبسانى الآجل المشروح (٣) .

وكذلك فى الجلسة : لو استاجر أحد زورقا على
كعدة معينة وانقضت المدة والزورق فى وسط البحر ، فالاجارة تمتد
بسبب الضرورة حتى الوصول الى الساحل ، ولا يجبر المستاجر على تسليم
الزورق قبل ذلك (المادة ٤٨٠) (٤) .

وان علماء الاصول من الحنفية خاصة يعددون العسر وعموم البلوى
من حالات الضرورة احيانا فيمثلون له فى الاستحسان بالضرورة . بطهارة

(١) الاشباه والنظائر ص ٧٩ (٢) المبسوط ١٠ / ١٥٦ - ١٥٧

(٣) فى الاداة : ١١ منه نقلا عن التعبير الفرنسى

(٤) مجلة الاحكام العدلية (المادة ٤٨٠) فلسفة التشريع فى الاسلام ص ٢٠٤

سُور الهيرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنما سعى من الطوافيين والطوافات عليكم نفيسة * إشارة الى وصف مؤثر لأن العمرة لما كانت من الطوافيين علينا لا يمكن الاحتراز عن سورها إلا بحرج عظيم والله تعالى مال * ما جعل في الدين من حرج فقط اعتبار النجاسة دفعا للسرور والحرج و هذا وصف ظهر تأثيره سرعا فان النجاسة يسقط حكمها لكان المعجر والضرورة (١) .

فشرى أن العلة في طهارة سُور الهيرة على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم عمو الطواف وفيه السرور عموم البلوى وهو حالة ضرورة والضرورة اقتضت التخفيف و دفعت نجاسة سُور الهيرة .

الظفر بالحق :-

يقول ابن نجيم والسيوطي : * الضرورات تبيح المخطورات ، ومن ثم جاز أخذ مال المتنع من أداء دينه (٢) . فإذا كان المدين ما طلا أو جاحدا في دينه فان الدائن يجوز له الوصول الى حقه بأي طريق فاذا وجد عين حقه عند آخره فانه يباح له أن يأخذه منه للضرورة .

والفقهاء متفقون في الجطة على أن يأخذ الدائن عين حقه من المدين الماطل ولكنهم اختلفوا في بعض الجزئيات مثلا قال الحنفية

(١) كشف الاسرار ١٠٢١/٢ (٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٧ ،

والسيوطي ص ٨٤

انه يباح لصاحب الحق أخذه اذا كان المأخوذ منه نقدا ولا يباح

الأخذ اذا كان عروضا . (١) .

والمالكية ذهبوا الى أنه يباح له ذلك . ديانة ولا قضاء . (٢)

والحنابلة في المشهور عندهم انه لا يباح له ذلك الا بقضاء قاض

ضعاف عن النزاع (٣) .

رغم اختلاف الفقهاء في مسألة اللانر يمكن لنا أن نقول ان أخذ

البال من المأطيل يباح للضرورة ، فاذا سرق صاحب الحق مال مدينه

فانه لا يعاقب بحد السرقة حتى ان المالكية قرر و عدم تطبيق

المقاب في حالة سرقة شيء من غير جنس الحق أو زائدا على

قدر الحق (٤) .

أما القانون فهو يحمي الغاصب اذا استمر وضع يده مدة معينة وهو ما يعرف

بالتقادم المكسب كما يقضى باستوط الحق اذا سكت صاحبه عن المطالبة به فترة محددة وهو

ما يعرف بالتقادم المقيط ، وهذا ما يأباه الاسلام لأن الغصب مهما طال حرام بأية

حال سببا للملك الطيب (٥) .

(١) فتح القدير ٢٣٦/٤ ، مغنى المحتاج ١٦٢/٤ (٢) الشرح الكبير للدروير ٢٢٥/٤

(٣) المننى ٢٥٤/٨ (٤) الشرح الكبير للدروير ٢٢٥/٤

(٥) نظرية الضرورة الشرعية ص ١٣

الفصل الثاني

آثار الضرورة

- (١) اثر الضرورة في اباحة المحظور
- (٢) اثر الضرورة على مسئولية الانسان

آثار الضرورة

الضرورات كما تقر في القواعد الفقهية تبيح المخطورات ، ولكن ماذا يعنى بإباحة المخطور بسبب الضرورة وهل الضرورة تبيح كل المخطورات أو بعضها و ما هو الاثر الشرطي على المسؤولية الجنائية والمدنية في حالة الضرورة ، هذه هي الاسئلة التي نريد الاجابة عنها في السطور التالية :-

المبحث الاول :

إباحة المخطور :

واباحة المخطورات فيما تبيحه حالة الضرورة — كما يقول زيدان مختلف في معنا ذلك تعنى رفع صفة التحريم عن المحرم وتجعله مباحا وبالتالي لا آثم على فاعله المضطر لأنه فعل ما هو حلال بالنسبة اليه ، أم أن المقصود عن إباحة المخطور رفع الاثم فقط عن فاعله المضطر مع بقاءه على صفة التحريم .

فالحنفية ومن وافقهم يجعلون المخطور — الذي يمتحيه الضرورة —

نوعين :-

النوع الأول — يخسره الضرورة مباحا أي ترفع عنه صفة التحريم وبالتالي لا اثم على فاعله — فحكم الضرورة بالنسبة لهذا النوع من المخطورات رفع صفة التحريم منه ، و رفع الاثم عن فاعله ، فحكم الضرورة بالنسبة

لهذا النوع من المخططات رفع صفة التحريم منه ، و رفع الاثم عن فاعله ، وقد يكون الأخذ به واجبا .

النوع الثانى : — لا ترفع الضرورة عنه صفة التحريم وانما ترفع الاثم عن فاعله المضطر ، فهو كالمباح من جهة سقوط الاثم عن فاعله ، و كالمحرم من جهة بقاء صفة التحريم فيه ، و مثلوا لهذا النوع بالكفر عند الاكراه عليه ، وباتلاف مال الغير عند الاضطرار .

أما الشاطبى فهو يرى أن الضرورة تستدعى الترخيص ، و حكم الرخصة اباحة المخطور الذى تتعلق به بنزع صفة التحريم عنه ليس فى حكمها رفع الاثم فقط مع لقاء المخطور على وصفه من التحريم ، والمتصور بعينه الاباحة عنده هو الاباحة المعروفة و هى استواء الفعل والتارك ، ولكن العلماء لمواء على وجوب تناول المضطر الميتة اذا خاف الهلاك على نفسه ، وهذا يدل على الأخذ بالرخصة التى دعت اليها حالة الضرورة فلا يكون حكمها ان الاباحة المعروفة دائما ففيه يقول الشاطبى : ان المضطر الذى لا يهد من الحلال ما يرويه نفسه اخص له فى كل الميتة قصدا لرفع الحرج عنه ، رداء لنفسه من الم الجوع ، فان خاف التلف وأسكنه تدافى نفسه

ببلا كلها كان مأمورا باحياء نفسه لقوله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم) (١)
 ومعنى كلام المأطبي - كما يصرح زيدان - أن اكل الميتة ينظر اليهم
 من وجهين :-

الأولى (- من جهة ان الشارع أذن له فيه بعد المنع منه ، و من عنده
 الجهة يعتبر مباحا على وجه الترخيص) (الثانية) وينظر اليه
 من جهة أنه احياء للنفس فيكون واجبا لان احياء النفس مأمور به
 للآية التي ذكرها ، فالوجوب في نظره مستفاد من دليل آخر لا أنه
 هو حكم الرخصة هنا .

و يقول زيدان معلقا عليه : ومهما يكن من الاختلاف في أمر هذا
 التكليف الفقهي لحكم ما تدعوا اليه الضرورة فان الاتفاق حاصل
 على أن المضطر ما دون له شرعا بتناول الميتة ونحوها لما هو مخطور
 في الأصل نظر الحالة الضرورية التي هو فيها ، وكذلك الاتفاق حاصل
 على وجوب الأخذ بما تدعو اليه الضرورة في بعض الاحيان - كأكل
 الميتة للمضطر - سواء قلنا ان هذا الوجوب هو حكم الضرورة في
 هذه الحالة ، أو قلنا أن حكمها هو الاباحة ، و انما الوجوب مستفاد
 من دليل آخر (٢) .

كالخبرصة أن اباحة المخطور تعني نزع صفة التحريم عنه ولا

(١) الموافقات ٢٠٧/١ وما بعد ما (٢) حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية ١١

رفع الاثم عن فاعله فقط فعند الشاطبي ومن وافقه ، أما عند الاحناف
و من وافقهم اباحة المخطورتهم في بعض الاحيان كما قال الشاطبي
وتعنى رفع الاثم فقط في البعض الآخر مع بقاء صفة التحريم فيه ، و
رأى الاحناف هو الراى الراجح فقها عندنا .

أثر الضرورة على المخطورات الشرعية :

ولكن الراى على الضرورة تبيح كل المخطورات أو بعضها فنرى أن
حكم الضرورة اباحة جميع المخطورات بناء على العموم المستفاد من ظاهر
هذه القاعدة : الضرورات تبيح المخطورات ، ولكن الحقيقة — كما
يصرح زيدان — ليست على هذا الظاهر التبادر منها ، وبيان ذلك
أن من المحرمات ما لا تسقط حرمة ابداء ولا تبينه الضرورة بل يبقى
على حكم التحريم ، ومثل الفقهاء لهذا النوع حرمة قتل الانسان المصوم
الدم بغير حديق بحجة الاضطرار ، فالعموم ان غير مراد في هذه
القاعدة ، الضرورات تبيح المخطورات (١) .

أقسام المخطورات الشرعية :

فالمخطورات على ثلاثة أقسام من حيث أثر الضرورة فيها :-

القسم الأول (—) يبيحه الضرورة بحيث تنتفى الحرمة عنه وتسرف الاثم
عن فاعله كأكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، و شرب الخمر

(١) حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية ص

عند الجماعة أو العضو أو العطش أو عند الإكراه لنام بقتل أو قطع عضو،
فهذه الأشياء تباح عند الاضطراب لقوله تعالى (إلا ما اضطررتم اليه) أى
دعتكم شدة الجاعة إلى أكلها ، والاستثناء من التحريم اباحة .

وكما يتحقق الاضطراب بالمجاعة يتحقق بالإكراه ، فيباح تناول ، ولا
يباح الامتناع ، حتى لو امتنع حتى مات أو قتل يؤخذ ، لأنه بالامتناع صار
ملقيا نفسه بالهلكة ، وقد نهى عن ذلك ، وإن كان الإكراه ناقصا
كحبس أو ضرب لا يخاف منه التلف إلا يحل له أن يفعل .

القسم الثانى (— لا تسقط حرمة ابدا ، ولكن يرخص فيه للضرورة
كقتل مال مسلم والقذف فى عرضه وإجراء كلمة الكفر على لسانه
بشرط اطمينان القلب بالايان إذا كان الإكراه تاما ، فهو فى نفسه محرم
مع ثبوت الرحمة ، فإثر الترخص فى تغيير حكم الفعل وهو المأخوذ ،
لا فى تغيير وصفه وهو الحرمة ، والامتناع عنه أفضل حتى ولو امتنع
نقتل كان مأجورا .

القسم الثالث (— لا يباحه الضرورة ولا يرخص أصلا بالإكراه التام
ولا بخلافه كقتل المسلم أو قذف عضو منه بغير حق ، والزنا وضرب
الوالدين (١) .

فيتضح من ذلك أن الضرورة تؤثر فى النوعين : الأول والثانى :-

(١) بدائع السنائع ١٧٦ / ٢ وما لم يرد

النوع الاول) — من الخطاوارا يباح للضرورة مع سقوط حرمة ، والثاني
 يرخص مع يقائه على الحرمة والترخيص انما عوفى رفع الاثم ، كمنظر
 الطبيب الى مالا يجوز انكشافه شرعا من مريض أو جريح ، فانه
 ترخيص لرفع الاثم لا الحرمة ، و كما الاضطراب لأكل مال الغير
 عند المخصه ، فانه لا تقط حرمة مال الغير ، بل تنط عنه
 الاثم ويجب عليه نسيانه أو الاستحلال من صاحبه (١) . اما الثالث
 فلا تؤثر فيه الضرورة من أى وجه .

والضرورة لها أثر على المسؤولية و بالتبع فى بعض التصرفات
 الذاتية والمسؤولية هنا تتضمن نوعيهما اى الجنائية والمدنية ، فتكلم
 هوناعن نوعى المسؤولية مع بيان الجرائم التى تؤثر عليها الضرورة
 والجرائم التى تؤثر عليها الضرورة مدعى اباحة المخطورات و قبل البحث
 عن الاحكام التى تسترصب على المسؤولية الجنائية والمدنية يحدد بنا
 أن نأتى موجزا بيان المخطورات التى تبيحها الضرورة وهى المخطورات التى
 تباح للضرورة لوجود نص من الشريعة على اباحتها فى حال الضرورة مثل
 أكل الميتة ولحم الخنزير وشرب الدم والنكاحات باتفاق الفقهاء بشرط
 ان يقتصر الفعل المحرم على قدر الذى يسد الضرورة * فمن اضطره
 جوع الى أكل الميتة فله أن يأكل منها بقدر ما يسد رمقه ويأمن معه
 من الموت على رأى او بقدر ما يشبعه على رأى اخر ولكن ليس له

(١) احكام القرآن للجصاص ، ١ / ١٣٠ والمغنى ، ١١ / ٢٣

أن يسزيمد على ما يشبعه إلا إذا كانت الضرورة مستمرة كما لو كان منقطعاً
ففى صحراء (١) و أنه للمضطر التزود من الطعام أو الشرب المحرم
إذا كان يعلم أن الضرورة مستمرة بشرط أن لا يطعمه ولا يشربه إلا إذا
تجددت الضرورة (٢) .

نعم : اختلف الفقهاء فى هذه الحالة فى وجوب العمل بمقتضى الضرورة
وخاصة فى ضرورة الغذاء والتداوى بالمحرم فعنك رآبان :- الرأى الأول
أخذ به الظاهرية والحنابلة والشافعية و أبو يوسف فى رواية أنه
يساح للمضطرو والمتكسره تناول الحرام كأكل الميتة والدم وحم الخنزير
وشرب الخمر أو أخذ مال الغير فانه بارتكاب هذه المحرمات لا
يأثم مع أن التترك أى عدم المخالفة عزيمة وهذا على قاعدة * أن الاستثناء
من التحريم حل أو اباحة (٣) وان اباحة الأكل والشرب رخصة للمضطر
له ان ياتيها او يتركها فإتان الفعل حق لا واجب (٤) .

والرأى الثانى : وهو الراجح أخذ به الحنفية فى ظاهر الرواية والمالكية
والشافعية فى الأصح والحنابلة فى المختار على أنه يجب على المضطر
اتيان الفعل المحرم ويأثم بتركه (٥) واستدلوا بآيتى القرآن الكريم
* ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة * (٥) و * ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيماً (٧)

-
- (١) احكام القرآن للجصاص، ١/١٣٠ والمغنى، ١١/٧٢ (٢) - مواهب الجليل، ٢/٢٢١
(٣) الطلى، ٨/٣٨١، والمغنى ٨/٩٦، المهذب ١/٢٥٠ والمغنى ١١/٧٥
تكملة فتح القدير : ٢٩٨/٧ (٤) - احكام القرآن للجصاص ١/١٢٨، ١٤٨
(٥) المبسوط ٤٨/١ البدائع: ٧/١٧٦ الشرح الكبير للدردير : ٢/١١٥ منى المحتاج ٤/٢٠٤
(٦) سورة البقرة ١٩٥ (٦) - سورة النساء ٩٩

أما حكم إباحة المخاض عند الاضطراب والضرورة فثبت بالنصوص وقوله تعالى " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم اليه " (١) ولو كان مهدرا فمن جاع حتى أو شك أن يهلك ولم يجد إلا مهدرا فليس له أن يأكل من لحمه ما يبرد بوعه سواء كان المهدرا حيا أو ميتا وهذا هو الرأي الرجح في مدعي بابي حنيفة (٢) .

أما الشافعي وأحمد فأجازا في حالة الضرورة سواء كان المهدر حيا أو ميتا بل يبيح الشافعي ومعه بعض الحنفية أكل لحم الميت المعصوم في حالة الضرورة لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت ولكن أحمد يحرم أكل لحم المعصوم الميت (٣) .

بناءً على نفس القاعدة أباح الشافعي للضطر أن يقطع من جسمه فلسذة ليأكلها في حالة الضرورة إذ اطن السلامة مع القطع و يفتاها في هذا بقية الفقهاء (٤) .

أما إذا كان الشطر بحاجة ولم يوجد إلا عند مضطر مثله فليس له أن يأخذ منه ما يقيم حياته لأنه (الضطر الثاني) أحق به بحيث يساويه في الضرورة وينفرد بالطرفان أخذه منه فمات فهو مسئول عنه موته ويعتبر قاتلا له بغير الحق (٥) نعم له أن يأخذ ما يقيم حياته من غيره إذا لم يكن هذا الغير في حاجة

(١) سورة الأنعام ، ١١٩ (٢) حاشية ابن عابدين ١٩٦/٥
(٣) المغنى ٢٦ / ١١ - إسن المطالب ٥٧١ / ١ (٤) - إسن المطالب ٥٧١ / ١
(٥) المغنى ٨٠ / ١١ - مواهب الجليل ٢٤٠ / ٦

اليه كماله أن يقاتله عليه أن امتنع عن إعطائه إياه فان قتل المضطر

فقاتله مسئول جنائيا عن قتله .
المبحث الثاني : أثر الضرورة على المسئولية الجنائية
أثر الضرورة على المسئولية الجنائية :-

قد سبق الذكر بأن الضرورة تؤثر على بعض الجرائم بحيث
تبيح تلك المخطورات في حق المضطر كما تحو وصف الجريمة فلا عقاب
على مرتكبها ولا اثم على فاعلها حتى انه قد يكون الأخذ بمقتضى الضرورة
واجبا ، ومن حالات الضرورة المختلفة الاضطراب بسبب الجوع الشديد
أو العطش أو المرض والاكره الطجئ يستدعان للمضطر أو المكره اما اباحة
المخطور أو الترخيص فلهذا اذا قد خصصنا ذكر حالة ضرورة الغذاء
والدواء ثم الاكره مفصلا ولكن ههنا يهنا أمر وهو أثر الضرورة و
خاصة حالتها الاضطراب والاكره لعدمها على المسئولية الجنائية ، فمن
هذه الناحية يمكن لنا أن نقسم الجرائم على اقسام .

أولا - الجرائم التي لا تؤثر عليها الضرورة وهي جرائم القتل والحدس والقطع
لأن القتل والحدس والقطع من الاعضاء يعتبر حق لا تحل مطلقا لا بالاضطرار
ولا بالاكره الا ان الاكره الطجئ قد يكون شبهة لحدس الحدس
الاكره غير الطجئ لأنه يحد الرجل الستكره على الزنا لعدم قيام شبهة
الرخصة في حقه بمعنى أن الاكره لا يعتبر دائما سببا من اسباب اباحة

المضطّر وانما قد يباح المخطور وقد لا وحيث قد يعتبر من موانع
المسؤولية الجنائية وسوف يأتى تفصيله فيما بعد ، فعلم أن الجرائم
مثل القتل والجرح وقطع الاعضاء لا تبيحها الضرورة .

و فى ضمن هذا البحث قد وجد اختلاف الفقهاء فى أكل لحم
الانسان الميت يقول ابن عابدين " يحرم مالك أكل لحم الانسان فى
حالة الضرورة ولا يعتبر فى حالة دفاع شرعى ولكن ليس للمضطّر أن
يقاتل على شىء كلما استطاع أن يأخذ بشراً او استرضاءً مهما تدالى
صاحب الشىء فى الثمن لأن المضطر لا يلزمه شرعا الاثن الثل (١) ففى
الراى اختار مالك والشافعى واحمد له يختلف عن راى ابى حنيفة الا فى
أنه يبيح للمضطّر ان يقاتل المقتنع باليد لا بالسلاح (٢) .

ثانياً :- نذكر هناك الجرائم التى يعفى المجرم من العقوبة مع
بقاء الفعل المجرم اذا ارتكبها المضطر فى حالة الضرورة ومن امثال هذه
الجرائم سرقة الجائع الطعام او الشراب والقضاء لثقة الزاب فى
البحر اذا انصرف السركب على السرقة ولكن الاعضاء عن المسؤولية الجنائية
فى مثل هذه الحالة منوط بشروط منها أن لا يأتى المضطر الفعل الا بالقدر
الذى يدفع الضرورة وان يكون الفعل المحرم ما يرد الضرورة فاذا لم
يكن كذلك فلا اعفاء (٣) .

حاشية ابن عابدين ٢٩٦/٥

(١) المصنف ٨٠ / ١١

(٢) التلخيص الجنائى الاسمى ابي عبد القادر عوده ٥٨٠ / ١

أثر الضرورة على المسؤولية المدنية :

قد وجد الاتفاق بين الفقهاء على أن المضطر يكون مسئولا مدنيا كلما كان فعله محسوما ولورضت عنه العقوبة و أنه مسئولية كلما كان فعله مباحا (١) ، واعتلغو في ايجاب الضمان او دفع القيمة فيما اذا اضطر الانسان لأخذ طعام الغير لدفع أذى الجوع عن نفسه ، هناك رأيان في هذا الخصوص .

الرأى الاول قال به الحنفية والشافعية والحنابلة وخلاصة كما يأتي يجب على المضطر أن يضمن بدل ما أكله من طعام لغيره : القيمة في التقويم والمثل في المثلى سواء أقدر على البدل في الحال أم كان عاجزا عنه لأن الذمم تقوم مقام الاعيان باستثناء حالة المفازة والبحر ونحوها فانه يجب على المضطر فقط ضمان القيمة حتى ولو كان الشيء المستهلك مثليا (٢) و دليل هذا الفريق هو القاعدة الفقهية التي تقول " الاضطرار لا يطل حق الغير .

يرى المالكية والظاهرية بوجوب ضمان المثلى في اكثر الاحوال أما المالكية فعندهم يضمن المضطر قيمة الشئ المملوك للغير الذي حافظ به على نفسه من الهلاك وقيل عندهم : لا يضمن وحقق الدسوقي محل اخلاف فقال اذا كان المضطر واجدا معه الثمن وقت الأكل دفع القيمة وان كان

(١) نفس المصدر ٥٨١/١ (٢) رد المختار ٢٢٨/٥ ، المذهب ٢٥٠/١

المننى ٦٠٢/١

معصدا وقت الأكل و أكل طعام الغير فلا يضمن قيمته كما نقله المواق عن
الاكثر وقال ابن الجلاب يضمن (١) .

يقول ابن حزم : ان كان المستكره على أكل مال مسلم له مال حاضر
فعليه ما أكل لأن هكذا حكم المضطر فان لم يكن مال حاضر فلا شيء عليه
فيما أكل لقول الله عزوجل " وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه " ^(٢)
ولقوله " فمن المضطر في مخصصة غير متجانف لأثم " .

الخلاصة :

فالضرورة تكفي من اسباب الاباحة في القسم الأول من المخطورات لشريعة
وهي التي تبيحها الضرورة وتسقط حرمتها ، فيصبح الفعل المعصية مباحا
في حق القاعل المضطر و بالتالي لا اثم عليه فهو لا يكون مسئولا جنائيا
ولا بدنيا في هذه الحالة .

و تعد الضرورة من موانع العقل في النوع الثاني من المخطورات
التي لا تبيحها الضرورة ولكن ترفع عقوبتها ، لأن المضطر يرخص فيها ويرفع
الاثم عنه ، كالنطق بكلمة الكفر بشرط اليقين قلبه فهو لا يعاقب ولا
يؤخذ عليه في الدنيا و الآخرة — أما اذا تعلق به حقوق الآخرين كاتلاف
مال الغير فتدفع عنه عقوبة جنائية ولكن يكون مسئولا مدنيا في هذه الحالة .
أما النوع الأخير وهو النوع الثالث من المحظورات كما ذكرنا انفا هي

(١) احكام القرآن للقرائبي ٢ / ٢٢٦ ، اشية الدسوقي ٢ / ١١٦

(٢) المحلى ٨ / ٣٨١

التي تؤشر فيها الضرورة ابدا فيعاقب الفاعل ويكون مسئولا جنائيا ومدنيا
ولو كان مضطرا اليه ومكرها عليه .

مقارنة :

ان المراد بالحكم الضرورة هو الأثر المترتب على وجودها الذي
يستدعى تقرير أحكام استثنائية لها تناسبها فتقتضى ارتكاب الفعل
الذي يعد جريمة في نظر القانون في الأحوال العادية أما أثر
الضرورة على المسؤولية الجنائية ومختلف عن أثرها على المسؤولية المدنية .
و ايضاح ذلك أن الضرورة ترفع لعقاب أو تخففة على ارتكاب
جريمة بدون أن تبيح الفعل والحكمة أن الشخص المهدد بحالة الضرورة
يضطر أو يلجأ الى ارتكاب فعل غير مشروع بدون قصد الجنائي بل بحسن
نيته وان لم يرتكب هذا الفعل شرف على الخط والهلاك .

وقد أشار الخلاف بين فقهاء القانون والقضاة اثناء تطبيق نظرية
الضرورة في الفقه الدستوري على الضرورة معتبرا كمبدأ اعفاء الداني من
المسئولية أو تشريع تقنينات المناصب .

والضرورة من اسباب موانع لمسئولية الجنائية أو موانع العقاب في
القانون الوضعي فهي لا تبيح الفعل وانما يظل غير مشروع (١) أما
اثر الضرورة على المسؤولية المدنية ألا يبيح الضمان على الانصرار بالدين .

(١) نظرية الضرورة الشرعية ١٥٢

فبالضرورة من حيث كونها مانعا من العقاب ترفع المسؤولية الجنائية فقط ويظل الشخص مسئولا مدنيا عن الاضطرار .

والخلاصة :

ان القانون الوضعي يقرر بأن الضرورة ترفع العقاب و لهذا تؤثر على المسؤولية الجنائية ولكنها تؤثر على المسؤولية المدنية بحيث لا يسقط الضمان عن الجاني لأن الاضطرار لا يعنى اسقاط حقوق الآخرين ففى نظر القانون .

وذلك يتفق مع نظرية الضرورة الشرعية كما بحثنا عنها فى الاكراه و دفع الصائل - ولكن يختلف الفقهاء فى أن الضرورة هى عند الشرع الوضعي مبرر قانوني لارتكاب الجريمة وبيح لشخص أن يرتكب فعلا غير مشروع ويعفى من العقاب أما فى الفقه الاسلامي فيجب الأخذ بحكم الضرورة أحيانا ان كان الاعتداء على مصلحة . اساسية و هى عبارة من حفظ النفس والديت والعقل والنسل والمال فنرى أن الفقه الاسلامي فى تقرير حكم الضرورة و آثارها فى مختلف احوال الانسان هو جمع و انفع القانون الوضعي .

(١) نظرية الضرورة الشرعة

(١) المذكرة الاباحية لقانون العقوبات للباكستاني ، ٦٢

خاتمة

نماذج تطبيق الضرورة فى عصرنا الحاضر

- (١) ضرورة الرعية
- (٢) اعطاء الزكاة لبنى هاشم
- (٣) ضبط التوليد
- (٤) نقل الدم
- (٥) ترقيع الاعضاء
- (٦) التشريح الطبى
- (٧) تشريح الجثث للتعليم
- (٨) وضع الضرائب غير الواجبة
- (٩) التسعير الجبرى وتحديد الاحوار
- (١٠) تقييد الملكية الفردية

نماذج تطبيقية لضرورة عزل الإمام الجائر

ضرورة الرعية : ومن مهمات قضايا الضرورة عزل الامام ونصبه والخروج عليه والصلوات خلف الامير الفاجر ونحوها، فان الفقهاء قد اعتنوا ببيان حدود الخروج على الامام الجائر وقالوا بتنفيذ تصرفاته نحو تولية القضاء على أساس الضرورة لأنه اذا كان عزل الامام والخروج عليه أكثر مفسدة فمنع الخروج مع أن الأصل في تصرفاتهم البطلان فيرى العز بن عبد السلام صحة النفاذ في تصرفات الولاة الفسقة والبغاة ويقول

" تصحيح ولاية الناس مفسدة لما نعليب عليه من الخيانة في الولاية لكننا صححناها في حق الامام الناس والحاكم الفاسق لما في البطلان ولايتهما من تفويت الصالح المصالح العامة، ونحن لا منفذ من تصرفاتهم الا ينفذ من تصرف الآئمة المقسطين والحكام المعادلين فلا يبطل تصرفه في المصالح لأجل تصرفه في المفسد .

" والذي اراه في ذلك أننا نصح تصرفهم الموافق للحق مع عدم ولايتهم لضرورة الرعية كما تصح تصرفات امام البغاة مع عدم امامته لأن ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها والضرورة في خصوص تصرفاته فلان حكم بحة الولاية فيما عدا ذلك بخلاف الامام العادل فان ولايته قائمة في كل ما هو مفوض الى الآئمة " (١)

وبالإضافة الى ذلك: كما قال ابن تيمية: " لو ولى الحاكم فى الوظائف العامة أو القضاء غير كفوء لها نفذ أمره أو قضاءه للضرورة، قال ابن تيمية: ليس على الحاكم أن يستعمل الأصلح الموجود وقد لا يكون موجودا من هو صالح لتلك الولاية فيختار الأمثل فالأمثل فى منصب بحسبه، فإذا فعل ذلك بعد الاجتهاد التام وأخذ للولاية بحقها فقد أدى الأمانة وقام بالواجب فى هذا، وصار فى هذا الموضع من آئمة العدل والمقسطين عند الله وإن اختلف الأمور بسبب من غيره إذا لم يكن إلا ذلك فإن الله يقول فاتقوا الله ما استطعتم، ويقول (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) .

ومع انه يجوز تولية غير الأهل للضرورة إذا كان أصلح الموجود فيجب مع ذلك السعى فى إصلاح الأحوال حتى يكمل فى الناس، لا بد لهم منه من أمور الولايات والامارات ونحوها كما يجب على المعسر السعى فى وفاء دينه وإن كان فى الجبال لا يطلب منه الا ما يقدر عليه وكما يجب الاستعداد للجهاد اعداد القوة ورباط الخيل فى وقت سقوطه للعجز فإن ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب (١)

وكذا إذا خيف الفساد فى التخلف عن الصلوات خلف الفاجر إذا كان هذا التخلف أكثر ضررا عن المصلحة التى تقتضيها

السياسة الشرعية، فجوزت الصلوات خلفه في هذه الظروف وفق قواعد الضرورة كما سبق ذكرها.

ان الفقهاء يسمون هذه الحالة ضرورة الرعية والمقصود منها هو دفع الحرج ونفي الشر عن عامة الناس والمصلحة التي يقتضيها الحكم الأصلية هي لا تتحقق في هذه الظروف، فاجباز واخلافه،

وتماثلها في القانون الوضعي نظرية الضرورة العامة أو ضرورة الدولة التي تبيح بموجبها اجراءات غير مشروعة وتسمح للدولة الخروج على القازن والدستور اذا وجد ذلك ضروريا للدفاع عن امن الدولة وسيادتها وسنذكر نظرية القانون في الضرورة العامة بالتفصيل في تقمة البحث بينها وبين نظرية الشريعة ان شاء الله.

اعطاء الزكاة لبنى هاشم : ومن قضايا تطبيقية للضرورة اعطاء الزكاة لبنى هاشم في عصرنا الحاضر وتكييف المسئلة كما يأتي :

هناك عدة احاديث رويت في تحريم الصدقة على آل محمد صلى الله عليه وسلم منها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ان الصدقة لا ينبغي لمحمد ولا لآل محمد، انما هي اوساخ الناس " وفي حديث " انا لا تحل لنا صدقة " (١).

والمقصود من آل محمد هو بنو هاشم وبنو المطلب عند الشافعي وفي رواية عن أحمد وبنو هاشم فقط عند أبي حنيفة ومالك وهادوية كما يضم بنو هاشم آل علي وآل عقيل وآل جعفر وآل العباس وآل حارث،

واختلف الفقهاء في تعليل عدم إعطاء الصدقات لبنى هاشم، قال بعضهم ان سبب التحريم هو دفع التهمة وقطع السنة المفترين وتربية الآل ولأنهم كانوا يأخذون من خمس الفنائم والفئ الذي كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم، في عهده تعويضا من الله لهم عما حرم عليهم من الصدقة وقال بعضهم ان سبب التحريم هو شرفهم في النسب بالنبي صلى الله عليه وسلم فبناء على هذا التعليل حمل بعض الفقهاء نحو ابن قدامة هذا الحديث على ظاهره فقالوا انه لا تحل الصدقة على بنى هاشم على أي حال لأن النسب معنى لا يزول عنهم بأي حال^(١). ومن الفقهاء الذين ذهبوا الى جواز أخذ الصدقات لبنى هاشم عند وجود سبب من الاسباب ابو حنيفة وبعض المالكية وبعض الشافعية وفي رواية عن أبي حنيفة نقل في زماننا مطلقا قال الطحاوي به وبه نأخذ واقر القهستاني^(٢).

(١) المجموع ٦ / ٢٢٢

(٢) مجمع الانهر ص ٢٢٤

ورغم اختلافهم في جواز أخذ الصدقات لبنى هاشم
 قد يبدوا اتفاق جمهور الفقهاء على الجواز إذا حرموا من
 الفنائم كما هي الحال في عصرنا الحاضر تطبيقاً لقواعد الضرورة
 - كما صر آنفاء، نعم قيد بعضهم جواز هذا الاعطاء مجال الضرورة
 وهي التي يباح لهم فيها أكل الميتة بمعنى أن التحريم باق
 وإنما جاز الأخذ للضرورة كسائر المحرمات وقال غيره قد ضعف
 اليقين في هذه الاعصار المتأخرة فاعطاء الزكاة لهم أسهل
 من تعاطيهم خدمة الذمى والكافر والفاجر^(١) وقال أبو سعيد
 الاصطخري من الشافعية "أنهم ان منعوا حقهم من الخمس جاز
 الدفع اليهم لأنهم انما حرموا الزكاة لحقهم في خمس الخمس
 فاذا منعوا الخمس وجب ان يدفع اليهم وذكر النووي عن
 الرافعي أن محمد بن يحيى صاحب الغزالي كان يفتى بهذا^(١)
 وجاء في شرح غاية المنتهى.

٧ "أفتى جماعة من علماء المذاهب الأربعة وغيرهم بجواز
 أخذهم من الزكاة ان منعوا الخمس لأنه محل حاجة وضرورة^(٢)
 وكذا رجح ابن تيمية والقاضي يعقوب من الحنابلة جواز أخذهم
 من زكاة الناس إذا منعوا من خمس الفنائم والغني لانه محل
 حاجة وضرورة وهو مذهب الامامية الجعفرية^(٣)

(١) حاشية الصاوي ١ / ٣٣٢

(٢) المجموع : ٦ / ٢٢٢

(٣) فقه الامام جعفر ٢ / ٩٥

والمختار هو أنه إذا سقط العوض وهو سهم ذى القربى بسبب من الأسباب كخلو بيت المال أو لاستبداد الحكام بما فيه وجب ألا يحرموا من الزكاة والا انقلبت المزية التى فيها لهم ضرراً عليهم.

ضبط التوليد: قد وجد اختلاف شديد بين الفقهاء فى قضية ضبط التوليد وتنظيم النسل باستخدام ادوات مختلفة لمنع الحمل أو عن طريق الاجهاض، ويهمنى هنا تكييف هذه المسئلة حسب اتجاهات الفقهاء المختلفة، الاتجاه الأول نهى اليه مجموعة من العلماء وقالوا بحرمة اتخاذ الوسائل لمنع الحمل والاجهاض لأنه يتضمن اما قتل نفس أو تدخلا فى خلق الله وعدم التوكل عليه اذا كان ذلك مخافة فقر وقلة رزق للمولود وأن هذا العمل يشبه تماماً بعمل أهل الجاهلية اذ كانوا يسوءون البنات بسبب حميتهم الجاهلية أو خشية اعلاق كما جاء فى القرآن الكريم " لا تقتلوا اولادكم خشية املاق " (١).

والاتجاه الثانى فى هذه القضية نجدها عند بعض الفقهاء المعاصرين الذين يرون جواز اتخاذ هذه الوسائل لتنظيم النسل وفق الظروف الاقتصادية واستدلوا بما جاء فى حديث رواه جابر قال " كنا نعزل على عهد رسول الله والقرآن ينزل " رواه البخارى ومسلم .

(١) سورة بنى اسرائيل الآية

والاجهاض كذلك يجوز بعد نفخ الروح للضرورة كأن
المرءة عسرة الولادة وقرر طبيب مختص ثقة فى دينه أن بقاء
الولد يؤدى الى موت الأم وذلك (الاجهاض) يجوز حفاظا على
حياة الام لأن الشريعة تقرر فى قواعدها أنه يختار اهلون
الشرين (١).

وافتى فى الخانية : المرضعة اذا ظهر بها الجبل وانقطع
لبنها ، وليس لأبى الصغير ما ليستأجر به ظئرا ويخاف هلاك
الولد ، قالوا يباح أن تعالج فى استنزال الدم مادام الحمل
نظفة أو علقة أو مصفة لم يخلق له عضو ، وقدرّوا تلك المدة
بمائة وعشر من يوماء ، وإنما اباحوا لها افاد الحمل باستنزاع
الدم لأنه ليس بآدمى ، فيباح يمانية الآدمى ولا يجوز بعد مضي
مائة وعشرين يوماء ، لأنه يكون ثقل نفس محترمة لصيانة نفس
أخرى (٢).

والشيخ محمود شلتوت أفتى فى جواز الاجهاض قبل نفخ
الروح وبعده واستنزال الدم ايضا للضرورة او للمحافظة على
مصلحة رضيع اذا لم يستطع الأب استيجار مريض وخاف هلاك
الولد فان لم يكن هناك عذر ولكن لمصلحة فقد اجاز الاجهاض

(١) مجلة الاحكام العدلية مادة ٢٩

(٢) شرح المجلة للاتشى ، ص ٥٧

مع الكراهة فى هذه الحالة علماء الشيعة الزيدية وبعض الحنفية وبعض الشافعية ولا مانع شرعا من اتخاذ وسائل لمنع الحمل لتنظيم النسل كل ثلاثين شهر الانجاب ولد مثلا وذلك من أجل المحافظة على حياة الام وصحتها أو لقلّة المورد الرزق وكثرة الاولاد اولا همال تربيتهم وعدم العناية بصحتهم او للخوف على مصلحة رضيع (١)

والراجع عندنا أنه يجوز اتخاذ هذه الوسائل وفق قواعد الضرورة كما مريانها فيجوز الاجهاض والعزل اذا كان وقوع الخطر على الأم او المريض محققا أو اريد بهما الحفاظ على حياة الأم وفق قاعدة "الضرورات تقدر بقدرها".

أما التوسع فى اتخاذ هذه الوسائل لمجرد تنظيم النسل وتحقيق التوازن الاقتصادى لازمة أو لمخافة قلة الرزق أو للحفاظ على جمال المرأة ونحوه قد يفضى الى الفساد الخلقى فى المجتمع وهو أكبر ضررا فيجوز الاجهاض عندنا اذا ما وجدت الضرورة بمفهومها الضيق بعد نفخ الروح لأن مصلحة احياء الأم مقدم ، وكذلك قبل نفخ الروح فيجوز الاجهاض أو استنزال الدم للضرورة،

(١) فتاوى شيخ محمود شلتوت ص ٢٨٩

نظرة الاسلام الى تنظيم النسل محمد سلام مدكور، ص ٩٩

نقل الدم :

قد وردت النصوص من القرآن والسنة فى تحريم الدم التى تدل على حرمة دم الانسان قطعاً وكما رأيتنا من قبل فى حالات الضرورة أنه لا يجوز أكل جزء من الانسان الميت ولو وجد الاضطرار، ولكن هناك بعض بعض الفقهاء المعاصرين الذين قالوا بجواز نقل الدم للضرورة وكتب الدكتور ابراهيم هنام الخطيب البحث على اهمية التبصر بالدم فى مجلة الوعي الاسلامى ما ملخصة :

فالدم هو ذلك السائل الأمر الموجود فى الاوعية الدلوية والقلب ويحتوى جسم الانسان حوالى ٥ - ٦ لترا من الدم، وتشكل العناصر الخلوية (كريات الدم الحمراء والبيضاء والصفائح الدموية) ما مقداره ٤٦% من حجم هذا الدم، اما السائل المعروف بالبلازما فهو يكوّن ٥٤% من حجم الدم، وكذلك يحتوى الدم على الحديد والمجردتين وسموم وفضلات الجسم الأخرى ويتم نقل الدم، وذلك تأخذ دم شخص واعطائه لشخص آخر محتاج اليه وهو بهذا يختلف عن الدم المسفوح الذى يسيل ويخرج من المروق متعرجا والذى حرّمه الله وفقا لقوله تعالى :

(قل لا أجد ما أوحى الى محرّما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أو دما مسفوحا) (١).

ولكن الشريعة الاسلامية الفاضله تحت على تكريم
الانسان بقوله تعالى (ولقد كرمنا بنى آدم) (١) فنظرا ابى تلك
الكرامة تمنع الانسان أن يبيع جزءا منه ببيع المتاع والسلع
فلا يجوز له أن يبيع شعره من أجل النسييح أو عمل قبعات
الشعر المستعار مثلا ، كما لا يجوز له أن يبيع دمه كما تباع
الادويه والمصول الاصطناعيه . وهذا محل اتفاق بين الفقهاء .

يوئيده ما جاء فى السنه النبويه المطهره عن عون من
أبى حنيفه عن أبيه أنه اشترى غلاما حجاما ، فقال ان النبى
صلى الله عليه وسلم نهى ثمن الدم وثمن الكلب .

ترقيع الاعضاء :

وهكذا قد توءجد هناك ضرورة لاستعمال اعضاء الميت
فى علاج المريض كترقيع قرنيته بقرنيه ميت حديث الفاة ، أو
ملتزما تتزاع اى جزء آخر فى ميت واستعماله فى علاج مريض
يخشى عليه الهلاك أو تلف عضو من اعضائه فهل يجوز ذلك لضرورة
المرض لا فيبحث الاستاذ عبدالكريم زيدان عن هذا السؤال
وقال :

الظاهر لى الجواز قياسا على ما نهب اليه فريق من
اباحه أكل الميت للمضطر فى المخصه ، لأنه اذا جاز أكل الميت

(١) حالة الضرورة فى الشريعة الاسلاميه ، ص ٢٧

لضرورة الجوع جاز الانتفاع ببعض أجزائه لدفع الهلاك عن المريض أو عن جزء من أجزائه،

وقد يقال هنا ان اباحة اكل الميت للمضطر في المصمة لكونه يدفع عنه الجوع يقينا وليس الأمر كذلك في المعالجة باستعمال بعض أجزاء الميت والجواب هو ما قلناه سابقا ان غلبة الظن بالنجاة والشفاء تكفي.

وقد يقال ايضا اذا جاز استعمال أجزاء الميت لدفع الهلاك عن نفسه المريض فكيف يجوز لدفع تلف عضو من أعضائه! والجواب ان حرمة الأعضاء كحرمة النفس تبعاً لها كما قال الفقهاء ولذلك كان التهديد باتلاف عضو من الانسان اكراها ملجأً كتهديده باتلاف نفسه وببيع للمكره فعل المخطور.

وهذا، وان ما استظهرته من اباحة استعمال أعضاء الميت في معالجة المريض يشترط فيه قيام حالة ضرورة المرض اى عدم وجرد علاج مباح يقوم مقامه وأن يغلب على الظن حصول الشفاء به في غالب الظن على ما يقرره اهل الخبرة العدول^(١)

التشريع الطبى وتشريع الموتى :

الأصل في الشريعة الاسلامية أن الجرح محرم على الكافة، ولكن لما كانت حياة الانسان أو راحته قد تتوقف على عملية

(١) حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية، ص ٢٧

جراحية، نقد أبيح للطبيب بصفة خاصة جرح المريض، لا تقاذه من الامه أولا نقاذ حياته، لأن الضرورات تبيح المخطورات، ولأن الشريعة تحض على التداوى من الأمراض وتوجب على المرء أن لا يلقي بنفسه في التهلكة فاحداث الجرح يحقق من اغراض الشارع دفع الضرورة، والتدأى من المرض وانقاذ النفس من الهلكة^(١).

انا تشريح جثث الموتى فيوجد أصله في الفقه الاسلامي وهو أنه يجوز مشق جوف المرأة على الجنين المرجوحياته، لأن حفظ حياته اعظم من مفسدة انتهاك حرمة أمه^(٢)، ويمكن ان يخرج على ذلك تشريح جثث الموتى للمصلحة العامة وانقاذ ا لحياة الأحياء^(٣).

وظاهر أن هذه المحاولات الفاسدة تشكل الفتنة الكبرى للشريعة الاسلامية في هذا العصر اضطربت فيه جميع الاوضاع والظروف الدينية والخلقية والاجتماعية والسياسية وباللاسف ! أننا نجد بعض الواهمين يوافقون على هذه الظنون والاهام الفاسدة ويفتون باباحة المخطورات الشرعية على أساس الضرورة ولكن الحق لا يتبع الهوى والشريعة الاسلامية الفاضلة الفادلة الكاملة لا تتغير حسب أهواء الناس ومرضياتهم وانما هي شريعة الهية تفوق كل الاوضاع وهي جاءت - كما قرر الشاطبي - لتخرج

(١) التشريع الجنائي الاسلامي ٤٧٠/١

(٢) القواعد الكبرى ٨٧/١، الاشباه ولنقلا لابن نجيم، ص ٨٨

(٣) نظرية المصلحة في الفقه الاسلامي، ٤١٨

المكلفين عن دواعي أهوائهم حتى يكونوا عباد الله، وهذا المعنى اذا ثبت لا يجتمع مع فرض أن يكون وضع الشريعة على وفق أهواء النفوس وطلب منافعها العاجلة كيفما كانت وقد قال ربنا سبحانه وتعالى : (ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن^(١)) ولهذا لا ينبغي لنا بأن نسخر الشريعة الغراء لتحقيق غرائز الانسان وأهوائه اذ لا يصح لأحد أن يدعى على الشريعة أنها وضعت على مقتضى تسهلي لعباد وأغراضهم، وعلينا أن نجعل تلك الأغراض والأهداف تابعة لوضع الشارع وغرضه المأخوذ من الأدلة الشرعية.

وبناءً على هذا، فيجب على العلماء المحققين الذب عن الشريعة والدفاع عن مقاصدها وأهدافها بكل الوسائل الممكنة بغية سد سبل الافتيات على الشريعة الاسلامية، وهذا يقتضى البحث عن نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي لكي تتجلى ماهية الضرورة وتتضح جميع أحكامها وصور. تطبيقها في مختلف أحوال الحياة في ضوء مبادئ الشريعة السمحة البيضاء.

على أن الشريعة الاسلامية الخالدة شريعة الحياة والواقع والفطرة وهي صالحة للتطبيق والعمل بها في كل زمان ومكان فلا يضيق بها أحد ولا يحس امرؤ بانها غل على النفوس أو قيد يمنع من التطور والحضارة أو مسايرة وكسب البغى، ولعن

(١) الموافقات، ٢ / ٣٨

آكل الرباء وموكله والواشتمه والمسئوشمة رواه البخارى^(١).

أما التبرع بالدم فهو مساهمة فى الجهاد وعون للمؤمنين ومعلوم أن الجهاد هو من افضل القربات عند الله سبحانه وتعالى وان تقديم العون الى المجاهدين يصل به المؤمن ثواب الجهاد بمقدار عونه وصدق اخلاصه، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: من جهز غازيا فى سبيل الله فقد غزا ومن خلف غازيا فى أصله فقد غزا رواه الترمذى.

ومن أحق من المؤمنين والمؤمنات بالتسابق الى الانفاق من دمائهم الاسعاف المجاهدين مشاركة لهم فى الجهاد، واستبقاء الانسانية التى قال الله تعالى فى حقها: (ومن أحيائها فكانما أحياء الناس جميعا)^(٢). فالتبرع بالدم لانقاذ مريض ينزف أحياء لهذا النفس.

تشريح البحث للتعليم: اما تشريح البحث للتعليم فلمسم يتعرض لها، الفقهاء قديما ولكن المسألة كما قال صاحب الفتاوى فى الوعى الاسلامى تخضع للقاعدة العامة الضرورات تبيح المحظورات والتشريح أصبح الآن ضرورة لأن الأطباء لا يعالج الأمراض الا بمعرفة الاعضاء الداخلية واجزاءها وتكوينها وموضحها ليطبق العلم على العمل والاطبار عن طريق التشريح يمكنهم معرفة ما اذا كان

(١) المائدة ٣٢

(٢) مجلة الوعى الاسلامى العدد ٢٢٩ المحرم ١٤٠٤ هـ، ص ١٠٤ - ١٠٧

هناك وينا* ومعرفة نوع هذا السبب* وطريقة مقاومته وبذلك
يمكن حماية الأحياء والحد من أسباب الأمراض التي تفتك بالأمة.

وفى التشريع اعانة لرجال الأمن لمعرفة اسباب الوفاة

هل هى جنائية ينجئون عن القاتل آم هى وناة عادية
فيفرجون عن متهم برئ كذلك تعريف الطلاب بتركيب الجسم
والاعضاء الباطنية وتدريبهم عليها عمليا وتعريفهم باصابتها
وطرق علاجها وكيفية اسعاف من يصاب بمرض فى أحد الأجهزة،
وفى ذلك مصلحة للأمة اولى من مصلحة حرته الميت على أنه
يمكن التشريع بعد استئذان اولياء الميت مراعاة لحقهم.

على أنه اذا امكن الاقتصار على تشريح جثث المحاربين
والمرتدين كان أولى ولايكفى تشريح الحيوانات فى تعليم الطب
لأن تركيب جسم الانسان قد يخالف تركيب جسم الحيوان واذا
كانت الحيوانات ذات الشدى قريبة الشبه بالانسان الا ان لايعطى
فكرة صادقة عن تفاصيل جسم الانسان وان كان تشريح الحيوانات
يكفى فلأمانع، فالتشريح فيه مصلحة ومنفته للأمة فوق مصلحة
حرمة الميت لذلك يجوز التشريح ولكن فى أفيق الحدود محافظة
على حرمة الأموات أو الاقتصار على تشريح جثث المحاربين كما
وضحنا. (١)

(١) مجلة الوعي الاسلامى العدد ٢٣٠، ٢ صفر ١٤٠٤ هـ / نومبر

د يسمبر ١٩٨٣م، ص ١٢٢

وضع الضرائب غير الواجبة : كما ذكرنا مسبقا أن الشارع قد اراد دفع الضرر وأنه قد أباح ارتكاب محظور عند الضرورة دفاعا عن الضرر كما منع عن التصرف الشرعى اذا كان من شأنه الاضرار الى ضرر اكبر أو مفسدة اعم من مصلحة فيه، ومن الاحكام المطردة فى الشرعية الاسلامية الاعتراف بالملكية الفردية ولكنه يجوز تقييد الملكية الفردية عن طريق وضع الضرائب غير الواجبة وتوظيف الخراج عند الضرورة وقد طبق الشاطبى قاعدة الضرورة على هذه المسئلة قائلا .

« اذا خلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند المسمى مالا يكفيهم فالامام اذا كان عدلا ان يوظف على الاغنياء مايراه كافيا لهم الى أن يظهر مال فى بيت المال ووجد المصلحة ظاهر فانه لو لم يفعل ذلك بكلت شوكته وصارت ديارنا عرضة لاستيلاء الكفار وان اولياء الامر لهم أن يفرضوا من الضرائب على الاموال الخاصة مايفى بتحقيق المصالح العامة اذا احتاجوا الى ذلك » (١)

وهكذا اذا كان الامام مفتقر الى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية الملك المتسع الاقطار وله النظر فى توظيف ذلك (الخراج) على الفلات والثمار وغيرها كيلا يؤدى تخصيص الناس به

الى ايحاش القلوب (١)،

وفيما يبس ومن اراء الفقهاء هو جواز وضع الضرائب غير الواجبة في الجملة بشرط أن توجد حالات الضرورة فلا تدخل في هذا النطاق الضرائب التي فرضت على وجه الظلم والتشريع الدائم،

وقد اقر مؤتمر مجمع الاسلامية المنعقد في القاهرة سنة ١٩٦٤م . أن لا ولياء الأمر أن يفرضوا من الضرائب على الأموال الخاصة ما يفي بتحقيق المصالح العامة اذا احتاجوا الى ذلك .

وقال الاستاذ أحمد محمد جمال في حوار تشريعي : ونحن عندما ما نتحدث عن هذه القضية التي تتعلق من جانب بسياسة الدولة المسلمة، ومن جانب آخر تتصل ، اقتصادياتها، نركز على وجود حاجة ماسة للدولة الى فرض الضرائب أو الرسوم، أو خلو بيت المال، كما هو بتعبير الامام الشاطبي، من المال الكافى لسداد حاجات المجتمع المسلم .

✓ أما اذا كانت الدولة ذات موارد مالية غنية كافية لى حاجتها، كالبحرول والمعادن، ومزارع القمح والقطن والشاي والبن وأية زراعة أو صناعة أخرى، فلا يجوز أن تفرض على رعاياها ضرائب، أو رسوما لا بقدر الحاجة. (٢)

(١) الاعتصام ١٢١ / ٢

(٢) مجلة التضامن الاسلامي جمادى الاولى ١٤٠٤هـ

التسعير الجبى وتحدد الأجر : التسعير من حيث الحكم على اقسام منها ماهر محرم ومنها ماهو جائز أما المحرم فهو فى حالة اذا ما كان الناس يبيعون سلعم على الوجه المعروف ولم يوجد أى نوع استغلال او ظلم، من قبل التجار، فليس للأمام التسعير الجبى على التجار ولا تحديد الأجر على العمال فى هذه الحالات لأنه وجد من وجوه الظلم على التجار والعمال روى أنس رضى الله عنه أنه علا السعر على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله لو سمرت لنا فقال : ان الله هو القابض الرازق الباسط السعر وانى لارجو أنى القى الله ولا يطالبنى أحد بمظلمة ظلمتها اياه فى دم ولا مال رواه ابو داود والترمذى وصححه

أما القسم الآخر من التسعير ماهو جائز كما قال فيه ابن القيم فى كتابه ونجد أنه قد أفتى الفقهاء بجواز التسعير الجبى العادل للضرورة رحمة بالناس وتخفيفا للعدل المطلق فيمنع ارباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس اليها الازيادة على القيمة المعروفة، وذكر ابن القيم مواضع الخلاف والاتفاق بين الائمة فيه ثم خرج من ذلك بأن الخلاف بين الفقهاء انما هو فى غير حالة الضرورة والحاجة العامة منزلة منزلة الضرورة أذ أن الكل متفق على جوازه فى تلك الحالة الأخيرة (١).

وانه قياسا على هذه القضية يرى جواز تحديد الأجر

(١) الطرق الحكيمة، ص ٢٣٣

ويقول " قلت وكذلك ينبغي لوالى الحسبة أن يمنع مفسلى الموتى
والخاليين من الاشتراك لما فى ذلك من اعلاء الأجرة عليهم
وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس الى منافعهم كالدالين وغيرهم
والمقصود أنه اذا منع القاسمون ونحوهم من الشركة لما فيه من
التواطؤ على اعلاء الأجرة فمنع البائعين الذين تطاطأوا على
ان يهضموا ما يشترونه بحيث يشترونه بدون ثمن المثل ويبيعون
ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ويقتسموا ما يشتركون فيه من
الزيادة كان اقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان
ولاريب أن هذا اعظم عدوانا من تلقى السلع وبيع الحاضر
للبادى" (١).

ونجد هناك أن ابن القيم قد يشير الى ما جاء فى حديث
الرسول صلى الله عليه وسلم من النهى عن تلقى الجلب وبيع الحاضر
للبادى لأنهما من أنواع الاستغلال وأن الضرر الذى يصيب عامة
الناس بوقوع الخلل فى النظام الاقتصادى والسوق الاجتماعى أكثر
مفسدة مما يجلب هؤلاء التجار المنافع عن طريق الاستغلال ،
فبنّا على قاعدة " الضرورات تبيح المظهورات " وأن
" درء المفاسد أولى على جلب المنفع " وأنه " يتحمل الضرر
الاقبل مقابل الضرر الأكبر " ونحوها يجوز التسعير الجبرى وتحديد
الأجور عند حالات الضرورة .

(١) المرجع السابق ، ص ٢٢٤

ولهذا صرح الاستاذ يوسف القرضاوى: أن التدخل فى حرية الافراد بدون ضرورة مظلمة ولكن اذا تدخلت فى السوق عوامل غير طبيعية كاحتكار بعض التجار وتلاعبهم، بالأسعار فمصلحة المجموع هنا مقدمة على حرية بعض الافراد، فيباح التسيير استجابة لضرورة المجتمع أو حاجته، ووقاية له من المستغلين الجشعين، معاملة لهم بنقيض مقصودهم كما تقرر القواعد والاصول^(١)

تقييد الملكية الفردية: ومن المقرر لدى الفقهاء أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة فلولى الأمر ان يفرض للضرورة فيسودا على الملكية الفردية فيحددها بمقدار معين أو ينتزعها من اصحابها مع دفع تعويض عادل اذا كان ذلك فى سبيل المصلحة العامة كتوسعة طريق أو مجرى نهر أو لتحقيق التوازن الاقتصادى بين افراد المجتمع كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين ورع فئى بنى النضير على المهاجرين وحدهم دون الانصار اللهم الا رجلين فقيرين.

وذلك لكى يقيم التوازن بين المهاجرين الذين كانوا قد تركوا أموالهم فى مكة وفروا بدينهم وبين الانصار الذين كانوا يملكون المال والثروة^(٢).

(١) الحلال والحرام، فى الاسلام ص ٢٤٥ .

(٢) النظام الاقتصادى الاسلامى، ص

وهكذا تم فعلا في عهد سيدنا عمر وسيدنا عثمان
من نزع ملكية بعض الدور المحيطة بالحرم المكي لتوسعته
جبرا عن اصحابها مع دفع ثمنها بالعدل والقسط،

ومن أمثلة تقييد الملكية الفردية عند الضرورة أو
الحاجة تحديد الاسعار في عهد عمر رضي الله عنه منعا من
استغلال الناس والاضرار بهم وكذلك منع بيع اللحوم وأكلها يومين
متتاليين من كل اسبوع حين قلت اللحوم ولم تعد تكفى لسد
حاجة المسلمين جميعا في المدينة» (١)

ومن مظاهر تقييد الملكية الخاصة التسيير الجبرى
وتحديد الأجور وضع الضرائب وتدخل الدولة في النشاطات
الاقتصادية ومنع الملاك عن بعض تصرفاتهم اذا كانت ضارة لحق
جيرانهم أو لعامة الناس على مبدأ " لا ضرر ولا ضرار في الاسلام .
وهو نص الحديث النبوى الشريف الذى تكلمنا عنه في
قواعد الضرورة وهو امثل في المنع عن التعسف في استعمال الحق
وتقييد الملكية الخاصة لأجل الضرورة أو المصلحة أو الحاجة
العامة المنزلة منزلة الضرورة .

(١) النظام الاقتصادى الاسلامى، ص

مصادر البحث

التفسير:

احكام القرآن	الجصاص ، أبوبكر محمد بن احمد بن علي مطبعة الاوقاف الاسلامية القاهرة
احكام القرآن	القرطبي ، ابو عبد الله محمد بن احمد دار الكتب المصرية "
احكام القرآن	ابن العربي ، أبوبكر محمد بن عبد الله دار احياء الكتب العربية بيروت
تفسير ابن كثير	ابن كثير ، عماد الدين اسماعيل المنار .
التفسير الكبير	الرازي ، محمد فخر الدين الخيرية القاهرة
غرائب القرآن	النیشابوری ، نظام الدين حسن بن محمد الحسين البابی الحلبي "

الجديد:

الجامع الصغير	السيوطي	الكتبة الخيرية القاهرة
الزرقاني على الموطاء	الزرقاني ، محمد بن محمد عبد الباقي	السكتيلية القاهرة
سبل السلام	صنعاني	مكتبة عاطف كاسرو
صحيح مسلم	الامام المسلم ، مسلم بن الحجاج القشيري	المصرية "
صحيح البخاري	الامام البخاري ، محمد بن اسماعيل	الخيرية .
مسند الامام احمد	الامام احمد	
المنتقى	الباجي ، ابو الوليد سليمان بن خلف	السعادة .
نيل الاوطار	اشوكاني ، محمد بن علي	الطباعة النيرية "
جامع الأصول	ابن اثير	دار احياء التراث العربي بيروت

أصول الفقه:

التجارية الأمر	الاعتماد	الشاطبي ، ابراهيم بن موسى اللخمي
دار المعارف	أصول التشريع الاسلامي	على حسب الله
دار احياء الكتب العربية بيروت	أصول الفقه	خضرى بك ، محمد
دارالمعارف	الاحكام في أصول الاحكام	الأمدي ، على بن على
دارالكتب العلمية بيروت ٣٩٩	الاشياء والنظائر	السيوطي ، جلال الصدين
	الاشياء والنظائر	ابن نجيم
القاهرة - مصر	أصول الفقه الاسلامي	شاكر الحنبلي
مطبعة الحلبي - مصر	الرسالة	الشافعي محمد بن ادريس
الحلبي	ارشاد الفحول	الشوكاني ، محمد بن على
دار الفكر العربي - القاهرة	أصول الفقه	ابوزهرة ، محمد
الأمر	تاريخ التشريع الاسلامي	سلام بدكور
الميرية	والتقرير والتجسير	ابن امير الحاج ، محمد
مطابع الرسالة - الرباط	دفاع عن الشريعة	علال الفاسي
السلفية الأمر	سلم الوصول شرح	المطيعي ، محمد نجيت
	نهاية السؤل	
الخيرية	شرح المحلى على مجمع الجوامع	المحلى ، شمس الدين محمد بن احمد

المطبعة الكبرى المصرية ١٢١٦	العاصمى	شوح العمد على المختصر
طبعة ارشاد لنباز	المنزلى ، ابو محمد بن محمد	شفاء الغليل
	سعيد رمضان	ضوابط المصلحة
دار العلم للطباعة والنشر مصر	خلاف ، عبد الوهاب	علم أصول الفقه
بيروت - دار العلم ١٩٧٥ م	المخصاني ، صبحى	فلسفة التشريع فى الاسلام
القاهرة	غزالدين بن عبد السلام	قواعد الاحكام
مطبعة النهضة	الكلى محمد احمد بن محمد بن جزى	القوانين الفقهية
	ابن رجب ، الحافظ ابو الفرج	القواعد
خانجسى	عبد الرحمن	
الاستانبول	عبد العزيز بن احمد بن محمود البخارى	كشف الاسرار
المكتبة التجارية الكبرى	الشاطبى ، ابو اسحاق ابراهيم بن موسى	الموافقات
مطبعة جامعة دمشق	الزرقاء ، مصطفى	المدخل الفقهى العام
مطبعة الأميرية	الغزالى ابو محمد بن محمد	الستصنى
مكتبة المتنبي - القاهرة	د / حسين حامد حسان	المدخل لدراسة الفقه الاسلامى
مكتبة الوحدة العربية	علال القاسمى	مقاصد الشرعية وعكارمها
المطبع الانصارى - دلهى	بهارى ، محب الله	مسلم الشبوت
	زكى الدين شعبان	المدخل
مكتبة المتنبي - القاهرة	د / حسين حامد حسان	نظرية المصلحة فى الفقه الاسلامى

نظرية الضرورة الشرعية	وعبدة زخيلى	مؤسسة رسالة دمشق
نظرية الاباحية	محمد سلام مذكور	دار النهضة العربية القاهرة

الفقيه:

اعلام الموقعين	ابن قيم ، شمس الدين ابو عبد الله محمد	التجارية
----------------	---------------------------------------	----------

بن أبى بكر

بداية المجتهد	ابن رشد ، ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد	البابى الحلبي
بدائع الصنائع	الكاسانى ، علاء الدين ابوبكر بن سمود	مطبعة الامام ١٩٢١ م
البحر الزخار	احمد بن يحيى بن المرتضى	انصار السنة المحمدية
البحر الرائق	ابن نجيم	المطبعة العلمية ١٣١١ هـ
تحفة المحتاج	احمد ابن حجر الهيتمى	مطبعة مصطفى محمد
التشريع الجنائى الاسلامى	عبد القادر عوده	قاهرة ١٩٠٦
التراتيب الادارية	الكتانى	رباط ١٣٢٦ هـ
حاشية ابن عابدين	ابن عابدين	آستانة ١٣٢٦ هـ
حاشية الدسوقى	الدسوقى ، شمس الدين محمد عرفة	التجارية
حجة الله البالغة	الدغلى ، ولى الله ، احمد بن عبد الرحيم	الطبعة النيرية
زاد المعاد	ابن قيم	قاهرة ١٣٢٩ هـ
شرح المجلسة	على حيدر	
شرح المجلسة	اتاشى	كتبة اسلامية كوتة ١٤٠٢ هـ

شرح فتح القدير ابن المهام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد مطبعة

المصيصواسي مصطفى محمد ١٣٥٦ هـ

الشرح الكبير در دير ، احمد الا ميريّة بولاق ١٢٨٩ هـ

الطرق الحكيمية ابن قيم ، شمس الدين ابو عبد الله انصار السنة

المحمديّة محمد بن ابي بكر

الغرر وأثره في العقود الضريع ، الدكتور الصديق محمد الامين القاهرة ، مصر

فتاوى شيخ محمد شلتوت القاهرة ، مصر

الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد مصطفى الزرقاء مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٩ م

فتاوى ابن تيمية ابن تيمية احمد مطابع الرياض ١٣٨٤ هـ

المبسوط السرخسي ، ابو بكر محمد بن ابي سهل دار المعارف للطباعة والنشر

بيروت

المحلى ابن حزم ، ابو محمد علي بن احمد المطبعة المنيرية ١٣٥١ هـ

المهذب الشيرازي ، ابو اسحاق ابراهيم بن علي عيسى البابي الحلبي

مغنى المحتاج الى شرح الشروينسي ، شمس الدين محمد مصطفى البابي الحلبي

١٣٧٧ هـ

معجم فقه ابن حزم لجنة سرعة الفقه الاسلامي مطبعة مابسة دمشق ١٩٦١ م

مصادر الحسق السنهوري ، عبد الرزاق دار المعارف مصر

مجلة الاحكام العدلية

المجموع

النوى ، يحيى بن شرف

ادارة الطباعة النورية

مواهب الجليل

الخطاب ، ابو عبد الله محمد بن محمد بن

عبد الرحمن

مطبعة السعادة - مصر

مجموعة رسائل

ابن عابدين

مسيل اكارى لاهور

المفنى

ابن قدامة ، ابو محمد عبد الله بن احمد

بن محمود

النار - ١٣٤٨ هـ

مفتاح الكرامة

العالمى ، محمد الجواد بن محمد بن

محمد الحسينى الحسنى الموسى

القاهرة ١٣٢٣ هـ

كتاب الفقه على المذاهب الاربعة

الجزيرى ، عبد الرحمن

دار الفكر بيروت

اللفظية والاربعة

اقرب الموارد

سعيد الخدرى الشرنوبى اللبنانى

اليسوعية - بيروت

اساس البلاغة

زمخشري ، ابو القاسم محمد بن عمر

دار الكتب المصرية

التعريفات

الجرجاني ، السيد الشريف على بن محمد

الطبعة التونسية

القاموس المحيط

الفيروز آبادى ، مجد الدين محمد بن يعقوب

العامرية

مختار الصحاح

محمد بن أبى بكر بن عبد القادر

الأميرية

المراجع الأجنبية (الإنجليزية) :

Accession 12

1. Oxford English Dictionary Oxford (U.K.)
2. Dictionary of Legal Terms and Phrases. Bombay (India)
3. Law in the Middle East ed.
Majid Khaduri Washington 1955
4. Law of Crimes Bombay (India)
5. Law of Contract PLD Lahore
6. Law of Torts PLD Lahore
7. Pakistan Penal Code PLD Lahore
8. Pakistan Legal Decisions Sc. 1977 PLD Lahore
9. The Mejellah (English Translation with Commentary) PLD Lahore
10. Islamic Jurisprudence and the Doctrine of Necessity and Need:
Dr. Muhammad Musleh-ud-Din IRI Islamabad

تمت بالخبر