أثر قاعدة "الضرر يزال" على معايير التعسف في الفقه الإسلامي وأصوله
دراسة تأصيلية تطبيقية

عبد الكريم جوكوف* أ.د. ردينا إبراهيم الرفاعي**

تاريخ وصول البحث: 2024/6/29م تاريخ قبول البحث: 2024/10/7م

الملخص

عالج هذا البحث أثر قاعدة "الضرر يزال" على معايير التعسف في الفقه الإسلامي، حيث تبرز أهمية هذه القاعدة في دفع الضرر الواقع والمتوقع، فقد تناول هذا البحث التطبيقات الفقهية التي يدخلها التعسف، حيث عمد الباحث إلى بيان أثر القاعدة الفقهية الكلية "الضرر يزال" على معايير نظرية التعسف، وهل للقاعدة أثر على الحكم فيها؟ ذلك أن القواعد الفقهية هي أصول ومبادئ كلية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الفروع التي تدخل تحت موضوعها1، ومن ضمن تلك القواعد قاعدة "الضرر يزال"، مهمتها في أنها تدخل في كثير من أبواب الفقه، فجاءت هذه الدراسة لتجيب عن السؤال الرئيس؛ ما أثر قاعدة "الضرر يزال" على معايير التعسف؟ فركزت الدراسة على جملة من الفروع الفقهية التي أثرت فيها قاعدة "الضرر يزال"، وبينت آلية إزالة الضرر عند تحققه، وقد اعتمدتُ في البحث على المنهج الاستقرائي والوصفي، وكان من أهم النتائج التي تَوَصلَتْ إليها الدراسة أن هذه القاعدة العظيمة تدخل في كثير من أبواب الفقه وذلك من خلال منع الضرر الواقع ودفع المتوقع، وتظهر الدراسة كذلك أن للقاعدة أثر قوي في جميع التطبيقات الفقهية، حيث بينَتْ الدراسة الحد الفاصل والضابط فيما هو تعسف وما لا يعد تعسفاً، وأن القاعدة تفيد وجوب إزالة الضرر ورفعه بعد وقوعه، حيث قدمت هذه الدراسة بالإضافة إلى الأمثلة التي طرحها الفقهاء أمثلة تطبيقية معاصرة تعين طالب العلم في تصور التعسف في الوقائع المستجدة ، ودور قاعدة الضرر يزال في رفع الضرر وإزالته.

كلمات مفتاحية: الضرر، التعسف، التعدي.

* باحث.

** أستاذ دكتور، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية.

The Impact of the Rule of "Harm Shall Be Removed" on the Standards of Arbitrariness in Islamic Jurisprudence

Abstract

This research deals with the impact of the rule of "harm shall be removed" on the standards of arbitrariness in Islamic jurisprudence, as the importance of this rule in repelling actual and expected harm is highlighted. This research deals with the jurisprudential applications where arbitrariness shows, as the researcher sought to clarify the impact of the general jurisprudential rule "harm shall be removed" on the standards of the theory of arbitrariness, and does the rule have an impact on the ruling therein? This is because the jurisprudential rules are general principles and foundations that include general legislative provisions in the branches that fall under their subject[1], and among those rules is the rule of "harm shall be removed", whose mission is that it appears in many aspects of jurisprudence, so this study answers the main question; What is the impact of the rule "harm shall be removed" on the standards of arbitrariness? The study focused on several branches of jurisprudence that were affected by the rule of "harm is removed", and it showed the mechanism for removing harm when it occurs. I relied on the inductive and descriptive approach in the research, and one of the most important results that the study achieved was that this great rule appears in many aspects of jurisprudence through preventing actual harm and repelling expected harm. The study also shows that the rule has a strong impact on all jurisprudential applications, as the study showed the dividing line and the regulator of what is arbitrary and what is not arbitrary, and that the rule indicates the necessity of removing and lifting harm after it occurs. In addition to the examples presented by jurists, this study provided contemporary applied examples that help students to imagine arbitrariness in new incidents, and the role of the rule of "harm is removed "in lifting and removing harm.

Keywords: Harm, Arbitrariness, Transgression

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أفضل الأنبياء والمرسلين، أما بعد..

القواعد الفقهية أصول ومبادئ كلية في نصوص موجزة، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها[1].

ولها مكانتها العظيمة بين علوم الشريعة، لأنها تساعد في إدراك المقاصد الشريعة، وقد صاغ الفقهاء قواعد كثيرة بعبارات موجزة تدخل تحتها فروع كثيرة من أبواب مختلفة من الفقه، وإن مقصود الشرع من هذه القواعد ضبط الخَلْقِ لتحسن أحوالهم، ولتستقيم حياتهم. ولذلك وضع الفقهاء القواعد الخمس الكبرى المستخرجة من النصوص الشرعية، ومن ضمن هذه القواعد قاعدة "الضرر يزال" فيأتي هذا البحث لتوضيح أثر هذه القاعدة على معايير نظرية التعسف ثم على الحكم فيها.

أهمية البحث:

للقواعد الفقهية الكبرى أثر كبير في التطبيقات الفقهية المتعلقة بنظرية التعسف، ولأهمية هذا الموضوع أخترت البحث في تفاصيله الفقهية لما يلي:

- من خلال دراستي لهذا الموضوع وأثناء جمع المادة العلمية وجدت أن الباحثين بحثوا عن القاعدة، ولكنهم لم يبينوا أثرها على معايير التعسف.

- مهمة الباحث في هذه الدراسة تتمحور حول جمع قضيتين وهما: القاعدة الفقهية "الضرر يزال"، وأثرها على معايير التعسف، ثم بيان الأحكام المستمدة منها، في بحث واحد يُسهَمُ في خدمة طلبة العلم وتزويد المكتبة الفقهية بما ينفعهم في هذا الباب.

مشكلة البحث:

جاءت هذه الدراسة لتجيب على السؤال الرئيس: ما الآثار المترتبة على تطبيق قاعدة الضرر يزال على معايير التعسف؟ ويتفرع عن هذا السؤال الرئيس عدة أسئلة فرعية وهي:

– ما الأصل في قاعدة "الضرر يزال" وما أهميتها؟

– ما أثر قاعدة "الضرر يزال" على معايير التعسف؟

– ما المقصود بالضرر، والتعسف؟

أهداف البحث:

- تهدف هذه الدراسة إلى ما يأتي:

– بيان الأصل في قاعدة "الضرر يزال".

– توضيح أهمية قاعدة "الضرر يزال".

– بيان أثر قاعدة "الضرر يزال" على معايير التعسف.

– توضيح بعض التطبيقات العملية لأثر قاعدة الضرر يزال على معايير التعسف.

- بيان ما المقصود بالضرر، والتعسف.

- بيان إزالة الضرر.

الدراسات السابقة:

تعددت الدراسات التي تناولت موضوع القواعد الفقهية وتطبيقاتها؛ لكن لم أجد بحسب اطلاعي ما يتناول الآثار المترتبة على تطبيق قاعدة الضرر يزال فيما يتعلق بنظرية التعسف بشكل مباشر، ومن أهم الدراسات الواردة في هذا الباب ما يأتي:

الدراسة الأولى: السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها، (2017)، دار بلنسية، المملكة العربية السعودية، الرياض، 1417 هـ، يتكلم المؤلف فيها عن القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها، ويبين أهميتها في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال الأدلة الواردة في شرع الله وتطبيقاتها، ويختلف هذا البحث عن كتاب السدلان، في أنه يتكلم عن أثر قاعدة الضرر يزال على معايير نظرية التعسف.

الدراسة الثانية: القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير، الباحثة: حماد، إسراء عبد الله حسن، الجامعة اليرموك الأردن، 2014 – 2015، تناولت الدراسة بعض القواعد والضوابط الفقهية، والتي تتطبق على مواد قانون الأحوال الشخصية الأردني، بينما هذا البحث يدرس موضوع أثر قاعدة الضرر يزال على معايير التعسف.

الدراسة الثالثة: أثر القواعد الفقهية في بيان أحكام الجراحات التجميلية، السلمي، عياض بن نامي، بحث مقدم لمؤتمر تطبيق القواعد الفقهية على المسائل الطبية، الرياض، 2008، يتكلم المؤلف فيه عن القواعد الفقهية الدالة على أحكام الجراحة التجميلية، ويبين من خلالها الضوابط التي تفرق بين ما يجوز وما لا يجوز في العمليات الجراحية التجميلية، بينما جاءت هذه الدراسة توضح أثر قاعدة الضرر يزال على معايير التعسف ومن ثم على الحكم فيها.

الدراسة الرابعة: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988، يتكلم الدريني فيها عن نظرية التعسف، وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، بينما هذا البحث يركز على دراسة أثر قاعدة الضرر يزال على معايير النظرية.

الدراسة الخامسة: التعسف في استعمال الحق، الرفاعي، جميلة، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، العدد الثالث، 2005، تركز المؤلفة في بحثها على مفهوم الحق ومجالات استخدامه ومتى يكون صاحبه متعسفاً فيه، وما يميز هذا البحث عن بحث الدكتورة أنه يبحث في أثر قاعدة الضرر يزال على معايير النظرية وعلى الحكم فيها.

الدراسة السادسة: موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي تعريفه، أنواعه علاقاته ضوابطه، جزاؤه، دار ابن عفّان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1997، يتكلم المؤلف عن الضرر وأنواعه مبنياً على قاعدة لا ضرر ولا ضرار، بينما هذا البحث يركز على أثر قاعدة الضرر يزال على معايير التعسف والحكم فيها.

الدراسة الثامنة: أبو ليل، محمد محمود، التعسف في تطبيق الشعائر الدينية بين الآباء والأولاد دراسة فقهية، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، عدد 1، ملحق 1، 2019. يركز المؤلف في بحثه على حقوق الوالدين على الأولاد، والإساء في استعمال هذه الحقوق على غير مقصود الشارع؛ سواء أكانت حقوق الوالدين على أولادهم، أم حقوق الأولاد على آبائهم، بينما هذه الدراسة تركز على أثر قاعدة الضرر يزال على تطبيقات معايير التعسف.

وجميع الدراسات المشار إليها أعلاه لم تبحث الموضوع بشكل مباشر، لذا جاءت دراستي لتتناول الموضوع بشكل مركّز ومباشر.

منهج الدراسة:

اقتضت أهمية الدراسة تناول الموضوع حسب المناهج الآتية:

1 – المنهج الاستقرائي: وذلك بالاستقراء نصوص الفقهاء وآرائهم الفقهية وأدلتهم، وجمعها ودراستها بمراحل التأصيل.

2 – المنهج التحليلي: وذلك بتحليل النصوص المتعلقة بالموضوع، وإبرازها في هذا البحث.

3 - المنهج الاستنباطي: حيث قام الباحث بدراسة النصوص الشرعية والفقهية لاستنباط الأحكام التي أشاروا إليها في مسألة أثر قاعدة "الضرر يزال"على معايير نظرية التعسف.

خطة الدراسة: جاء في هذا البحث مقدمة ومبحثين وخاتمة وهي على نحو الآتي:

المبحث الأول: مفاهيم الدراسة:

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة "الضرر يزال".

المطلب الثاني: مفهوم نظرية التعسف.

المطلب الثالث: معايير التعسف ومعانيها.

المبحث الثاني: أثر قاعدة "الضرر يزال" على معايير التعسف وتطبيقاتها.

المطلب الأول: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الأول وتطبيقاته: "أن يستعمل الإنسان حقه لا يقصد بذلك إلا الإضرار بغيره وليس له مصلحة فيه".

المطلب الثاني: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الثاني وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه مشروع يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشرع".

المطلب الثالث: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الثالث وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه ويترتب عليه ضرر العام بالجماعة أو خاص بأفراد لكنه أكبر من مصلحة صاحب الحق".

المطلب الرابع: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الرابع وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه في ملكه غير متعارف بين الناس".

المطلب الخامس: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الخامس وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه لكن من طبيعة استخدام هذا الحق أنه يثبت إضرار عند عدم الاحتراس".

الخاتمة وتضم أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفاهيم الدراسة.

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة "الضرر يزال".

الفرع الأول: تعريف قاعدة "الضرر يزال" لغةً واصطلاحاً.

أولاً: "الضرر" لغةً: الضَرَرَ من كلمة الضَرٌ، أي خلاف النفع [2]، والضَّرَرُ: الضِّيقُ. ومكانٌ ذُو ضَرَرٍ أَي ضِيقٍ. ومكانٌ ضَرَرٌ: ضَيِّقٌ؛ ومنه قول ابن مقبل: ضيف الهَضْبة الضرر [3]، الضَّرُّ؛ ضِدُّ النَّفْعِ وَبَابُهُ رَدَّ، وضَارَّهُ بالتشديد بِمَعْنَى ضَرَّهُ، والاسم الضَرَرُ [4].

ثانياً: "الضرر" في الاصطلاح: "الضرر: أن يضره بغير أن ينتفع."[5]

وعُرّف الضرر بأنه: "الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس، أو للغير تعدياً، أو تعسّفاً، أو إهمالاً"[6].

وعُرّف الضرر بأنه: "إلحاق مفسدة بالغير مطلقا"[7] وهذا التعريف المختار، أخترته فهو عبارة مختصرة تحيط بمعنى الضرر الذي نحن بصدده.

شرح التعريف المختار:

- إلحاق المفسدة: قيد في التعريف تخرج به المصلحة.

- بالغير: يدخل فيه الذي يلحق الضرر بنفسه؛ لأنه لا يجوز الفعل الضار حتى على نفسه، كما يدخل فيه كذلك أن يلحق الضرر بغيره، أو الحيوانات، لأن الضرر نفسه ممنوع في شرع الله وإيقاعه بغير حق من باب أولى.

- مطلقاً: يدخل في ذلك أنواع الضرر كلها، سواءً كانت حسياً، أو معنوياً، أو مادياً، وسواءً كان خاصاً أو عاماً.

ثالثاً: "يزال" لغةً: من كلمة زَوُلَ، يدل على تنحّي الشيءِ عن مكانه، يقولون: زال الشَّيْءُ زَوالًا، وزالت الشمْس عَن كَبِد السَّماء تَزُول. ويُقالُ أزلته عن المكان وزَوَّلته عنه [8].

رابعاً: مفهوم قاعدة "الضرريزال" عند الفقهاء.

يرى الباحث أن مفهوم القاعدة يقتضي أنها تنفي الضرر مطلقاً، سواءً كان خاصاً أو عاماً، وسواءً كان على نفسه أم على غيره، وسواءً كانت حسياً أم معنوياً أم مادياً، وسواءً كان إهمالاً أم عمداً، وكذلك يجب وقفه قبل وقوعه بالطرق الشرعية المتاحة، وكذلك يجب إزالته بعد وقوعه، ومنعه من تكراره مرةً أخرى، و الحاصل أن القاعدة فيها تحريم الضرر مطلقاً، كما قال في ذلك المناوي: "وفيه تحريم سائر أنواع الضرر إلا بدليل لأن النكرة في سياق النفي تعم ، وفيه حذف أصله لا لحوق أو إلحاق أو لا فعل ضرر أو ضرار بأحد في ديننا، أي لا يجوز شرعاً إلا لموجب خاص"[9].

الفرع الثاني: أصل قاعدة "الضرريزال".

إن الأدلة الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة متظافرة على النهوض بهذه القاعدة الجليلة، ويظهر تأصيلها في الكتاب والسنة من خلال الأدلة الآتية:

أولاً: من القرآن:

1 - قوله تعالى:﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴾ [10].

وجه الدلالة: كان الرجل يطلّق المرأة، فإذا قاربت انقضاء عدتها راجعها ضراراً، لئلا تذهب إلى غيره، ثم يطلقها فتعتد، فإذا شارفت على انقضاء عدتها طلق لتطول عليها العدة، فنهاهم الله عن ذلك، وتوعدهم عليه فقال: ﴿وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ ﴾ [11]، أي: بمخالفته أمر الله تعالى[12].

2 - قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ﴾ [13].

وجه الدلالة: يعني يلحق الضرر بها حيث يطلِّقها فإذا بقي يومان راجعها لتفتدي منه بمالها أو تخرج من مسكنه، وقال الثوري عن منصور عن أبي الضحى: ولا تضارّوهن لتضيِّقوا عليهن قال: يطلِّقها فإذا بقي يومان راجعها[14].

يرى الباحث أن فعل هذا الزوج (يطلِّقها فإذا بقي يومان راجعها) هو عين الضرر، وهو المقصود والمنهي عنه في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيۡهِنَّۚ ﴾؛ لأن له حقا أن يراجع زوجته، لكنه استخدمه في غير ما شُرع، فالشارع قد حرّم الضرر بأشكاله.

ثانياً: من السنة:

1 - عن أبي سعيد الخدري ﷺ أن رسول الله ﷺ، قال: (لا ضرر ولا ضرار) [15].

وجه الدلالة: متى ثبت الضرر وجب رفعه، ومتى ثبت الإضرار وجب رفعه مع عقوبة قاصد الإضرار [16].

الحديث يتكون من شقين: الأول: لا ضرر يعني، لا ضرر ابتداء [17]، والثاني: لا ضرار يعني، لا يقابل الضرر بالضرر، أي ولا جزاءً [18].

2 - عن أبي ذر ﷺعن النبي ﷺ، فيما يروي عن ربّه أنه قال: (يا عبادي، إني حرّمتُ الظلم على نفسي، يا عبادي، وجعلته بينكم محرمًا، فلا تظالموا) [19].

وجه الدلالة: وجاء في شرح مسلم: أي لا تتظالموا، أي لا يظلم بعضكم بعضاً، وهذا توكيد لقوله سبحانه وتعالى في الحديث القدسي: {يا عبادي إني حرّمت الظلم على نفسي، وجعلته بينكم محرمًا} [20].

يرى الباحث أن الله سبحانه وتعالى بيّن أنواع الظلم كلها وأكبرها الشرك بالله لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلشِّرۡكَ لَظُلۡمٌ عَظِيمٞ ﴾ [21] ومنه الظلم بارتكاب المعاصي، وكذلك الظلم على غيره بالتعدي على ماله ونفسه وعرضه، والظلم هنا هو الضرر بعينه إذ يتضرر صاحب المعاصي في الآخرة، وكذلك يتضرر من يلحق الضرر بغيره في هذه الدنيا.

تأسيسا على ذلك يرى الباحث: أنه لا يجوز الضرر بأي بوجه من الوجوه حيث جاء النهي عنه صريحا في الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة، وأيضاً لا يجوز دفع الضرر بضرر آخر، وإذا وقع لابد من إزالته فوراً.

ثالثاً: أهمية القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد العظيمة، وتتضح أهميتها بما يأتي:

إن هذه القاعدة العظيمة تبرز أهميتها في أنّها تدخل في كثير من أبواب الفقه، ولذلك فإن كثيراً من أهل العلم يحتجون بها ويعطونها اهتماماً كبيراً، وللقاعدة تطبيقات كثيرة منها: اختلاف الوصف المشروط، وإفلاس المشتري، وغير ذلك، كما تدخل في الحجر بأنواعه، والشفعة، لأنها شُرعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص، والحدود، والكفارات، وضمان المتلف، والقسمة، ونصب الأئمة، والقضاة، ودفع الصائل، وقتال المشركين والبغاة، وفسخ النكاح بالعيوب، أو الإعسار، أو غير ذلك [22].

المطلب الثاني: مفهوم بنظرية التعسف.

إن ما قرره العلماء وهو ثابت في الذهن، ولا يتخلله ريب ولا شك أن فهم الشيء نابع عن تصوره، ولا شك أن التصور يكون ناقصا إذا لم تكن المفاهيم والتعريفات واضحة في الذهن، ومقرر كذلك في منهج البحث العلمي أن يعرف الباحث بمصطلحات الدراسة بما يناسب موضوع البحث، بناء على ذلك سيعرف الباحث بنظرية التعسف حسب الآتي.

الفرع الأول: النظرية لغةً واصطلاحاً:

أولاً: "النظرية" لغةً: النُّونُ وَالظَّاءُ وَالرَّاء أصل صحيح يرجع فروعه إلى معنى واحد وهو تأمل الشيء ومُعايَنَتُه، ثم يستعار ويتسع فيه [23].

ثانياً: "النظرية" اصطلاحاً: نظام عام لموضوع فقهي خاص، تنطوي تحته مسائل وفروع فقهية عديدة تتعلق بتعريف الموضوع وبيان مقوماته من أركان وشروط وموانع وضوابط وبيان آثاره وتحديد أسبابه ونهايته [24]، والجدير بالذكر أن مصطلح النظرية لم ترد في كتب المسلمين السابقين، وإنما وجُد عند الفقهاء المعاصرين.

الفرع الثاني: "التعسف" لغةً واصطلاحاً.

أولاً: "التعسف" لغةً: الْعَسْفُ: رُكُوبُ الأَمرِ مِن غيرِ تَدبيرٍ، ورُكوبُ مَفازَة بِغَير قَصدٍ، ومنه التَعَسُّف [25]. جاءت كلمة بمعنى الظلم، تعسف فلاناً: أخذه بالعنف والقوة، أي ظَلَمَه [26]، العسْف في الأصل: أَن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادَّة ولا علم فنقل إلى الظلم والجور [27].

ثانياً: "التعسف" اصطلاحاً: عرّفه الدريني: أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل [28].

شرح التعريف:

- مناقضة قصد الشارع في تصرف: أي مخالفته فيما أمر وسواءً كان تصرفه صحيحاً ظاهراً أم لا، حيث ينظر في نيته وقصده، كمن أراد مثلاً بفعله الصحيح إضرار بالغير.
- في تصرف مأذون شرعاً بحسب الأصل: أي له حق في التصرف أصلاً ثابت له شرعاً، كتصرف صاحب البيت في بيته، أو تصرف صاحب الشركة في شركته وهكذا.

أما مفهوم "التعسف"، فعرّفه الدريني بأنه: أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية [29].

الفرع الثالث: مفهوم "نظرية التعسف" كمركب إضافي.

قبل أن نتكلم في مفهوم النظرية لابد لنا أن نذكر تاريخها، يقول الدريني: "لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة التعسف في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب، حيث جاء على لسان الفقهاء الفرنسيين كلمة "إساءة" ولكن درج فقهاء القانون في الجمهورية العربية المتحدة وفي الجمهورية العربية السورية على استعمال كلمة تعسف تعبيراً عن التصرف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم[30]، وورد في بعض الأصول كلمة "الاستعمال المذموم"[31]

وقد حددت الشريعة النظرية وأخذت بها منذ زمن بعيد لأن الإسلام ينهى عن التعسف والظلم وإلحاق الأذى بالآخرين، ودليل ذلك من القرآن والسنة والإجماع والقياس وفقه الصحابة والأصول التشريعية والقواعد الفقهية كلها تحرم التعسف وإلحاق الضرر بالآخرين [32].

أما مفهومها: فهي نظام عام لموضوع مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً وبيان أركان التعسف وشروطه وضوابطه وموانعه وبيان آثاره وتحديد أسبابه ونهايته، وقيمتها الجوهرية في أنها تعتمد وجود الحق لا مجاوزة الحق [33]، وكذلك وُجِدَت النظرية لإقامة التوازن بين الحقوق كما قال الدريني: ولإقامة التوازن بين الحقوق الفردية والمتعارضة، أو بين الحق الفردي وحق الجماعة، نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق [34].

المطلب الثالث: معايير التعسف ومعانيها.

قبل أن نتكلم عن المعايير لابد لنا أن نعرّف المعايير لغةً واصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف المعيار لغةً واصطلاحاً.

أولاً: "المعيار" لغةً: والمِعْيار مِنَ الْمَكَايِيلِ: مَا عُيِّر، قيل: العِيَار مَا عايَرْت بِهِ الْمَكَايِيلَ، فالعِيَار صَحِيحٌ تامٌّ وافٍ، عايَرْت بِهِ أَي سَوَّيْتُه، وَهُوَ العِيَار والمِعْيار، عايِرُوا مَا بَيْنَ مَكَايِيلِكُمْ ومَوازِينكم، وَهُوَ فاعِلُوا مِنَ العِيَار، وعَيَّرْتُ الدَّنَانِيرَ: وَهُوَ أَن تُلْقِي دِينَارًا دِينَارًا فتُوازِنَ بِهِ دِينَارًا دِينَارًا، وَكَذَلِكَ عَيَّرْت تَعْيِيراً إِذا وَزَنْت وَاحِدًا وَاحِدًا، يُقَالُ هَذَا فِي الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ [35].

ثانياً: "المعيار" اصطلاحاً: الضوابط التي يُعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي في استعمال الحق والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة هذه النظرية [36].

يرى الباحث أنّ المقصود من المعيار هو المقياس الذي يُرجَع إليه، كالوزن في الموزونات، الذي تُقارن به الأشياء سوآء كانت معنوية كالأفكار أو من الأفعال.

الفرع الثاني: المعيار الأول ومفهومه.

أولاً: المعيار الأول: "أن يستعمل الإنسان حقه لا يقصد بذلك إلا الإضرار بغيره وليست له مصلحة فيه"[37].

ثانياً: معنى المعيار: إذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار، لا المصلحة المنشودة من الحق، كان استعماله تعسفاً محرماً [38]، ووجب منعه، فإن تصرف فتصرفاته تعتبر باطلة، ويترتب على ذلك بعد التأكد من قصد الإضرار بالأدلة والقرائن بطلان تصرفه إن كان قابلاً للإبطال، تعويض المتضرر، وللقاضي أن يعزره [39].

الفرع الثالث: المعيار الثاني ومفهومه.

أولاً: المعيار الثاني: "أن يستعمل إنسان حقه المشروع يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشرع"[40].

ثانياً: معنى المعيار: وذلك باتخاذ الحق المشروع وسيلةً لتحقيق غرض غير مشروع [41]، فهو في الواقع يستخدم حقه المشروع لكن مآل هذا الفعل يؤدّي إلى غرض غير مشروع، والمآلات معتبرة في نظر الشارع [42].

الفرع الرابع: المعيار الثالث ومفهومه.

أولاً: المعيار الثالث: "أن يستعمل إنسان حقه ويترتب عليه الضرر العام بالجماعة أو الخاص بأفراد لكنه أكبر من مصلحة صاحب الحق"[43].

ثانياً: معنى المعيار: يقول أبو سنة: إن الأصل هذا المعيار قول رسول الله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) [44]، والتعسف في استعمال الحق يتحقق إذا ترتب على هذا الاستعمال ضرر عام بالجماعة أو

خاص بفرد أو أفراد لكنه أكبر من مصلحة صاحب الحق إذا استعمل حقه، أو من ضرره إذا لم يستعمل حقه، فالكلام عن النوعين من الضرر [45].

الفرع الخامس: المعيار الرابع ومفهومه.

أولاً: المعيار الرابع: "أن يستعمل إنسان حقه استعمالاً غير متعارف بين الناس"[46].

ثانياً: معنى المعيار: إذا استعمل حقه، وملكه استعمالاً لا يتفق مع العرف والعادة مع ترتيب ضرر للغير، فإنه يمنع من استخدام حقه؛ وذلك لأنه تعسف في هذا الاستعمال، ودلالة التعسف الضرر الذي لحق بالغير [47].

الفرع السادس: المعيار الخامس ومفهومه.

أولاً: المعيار الخامس: "أن يستعمل إنسان حقه لكن من طبيعة استخدام هذا الحق أنه يثبت إضرار عند عدم الاحتراس"[48].

ثانياً: معنى المعيار: يُقصد من هذا المعيار أن يستخدم الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط أو احتراس، كان الإنسان متعسفاً أو مسؤولاً مسؤوليةً تقصيريةً[49].

المبحث الثاني: أثر قاعدة "الضرر يزال" على معايير التعسف وتطبيقاتها.

المطلب الأول: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الأول وتطبيقاته: "أن يستعمل الإنسان حقه لا يقصد بذلك إلا الإضرار بغيره وليس له مصلحة فيه".

الفرع الأول: التطبيق الأول: أثر القاعدة على المعيار الأول للتعسف في حكم تطويل العدة على الزوجة بقصد الإضرار بها.

أولاً: صورة المسألة: الطلاق حق للزوج وفي الرجعية كذلك؛ لكن قد يتعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق وفي رجعية الزوجة، فقد يطلق الرجل زوجته الطلقة الأولى ثم يراجعها قبل انتهاء المدة بأيام قليلة ناوياً إيقاع الطلاق للمرة الثانية يقصد بذلك تطويل فترة العدة عليها، فبدلاً أن تَبِين بعد ثلاثة قروء تتجدد عليها العدة بثلاثة قروء مرةً أخرى، ولذلك جاء نص القرآني بمنع ذلك في قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ﴾ [50].

وجه الدلالة: الظاهر في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى أباح ممارسة الحقوق في هذا المقام لمن يقصد بها الصلاح، دون الإضرار [51].

يرى الباحث أنّ العبارة "ممارسة الحقوق" يُقصَد بها حق الطلاق وحق الرجعة للرجل، هذه الحقوق ثابتة له في شرع الله، لكن إذا تبين أنّ الزوج استخدم حقه في غير ما شُرع يُمنع من ذلك، ويُفهم ذلك من خلال تصرفاته، من خلال كلامه مباشرةً.

وفي هذا المقام قال مسروق: "يطلقها، حتى إذا كادت تنقضي راجعها ثم يطلقها فيدعها، حتى إذا كادت تنقضي عدتها راجعها، ولا يريد إمساكها: فذلك الذي يضار ويتخذ آيات الله هُزوا"[52].

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أن هذا المعيار من أبرز حالات استعمال الحق في غير وجهه، لأنه إذا نظرنا على تطبيقه تبين لنا أن هناك تصرفاً بقصد الإضرار. كما نعلم أن القصد من منح الرجل الحق في إرجاع الزوجة بعد الطلاق الرجعي إنما ليحقق الإصلاح ليستأنفا حياةً جديدةً، وليس لهدف المضارة وإلحاق الأذى بها كتطويل العدة، أو اضطرارها إلى إرجاع مهرِها تخلصاً وفراراً من الزواج، كل ذلك محرم في دين الله سبحانه وتعالى، وبالتالي إذا تبين أن الزوج ما أراد من إرجاع الزوجة إلاّ الإضرار بها ، واتخذ حقه في الطلاق وسيلةً لإلحاق الضرر بها؛ فإنه يُمنع من ذلك جاء في سبب نزول الآية كما قال مسروق: " يطلقها حتى إذا كادت تنقضي راجعها، ثم يطلقها، فيدعها، حتى إذا كادت تنقضي عدتها راجعها، ولا يريد إمساكها: فذلك الذي يضار ويتخذ آيات الله هزوا." [53]

يتضح من خلال ما سبق أن هذا الزوج اتخذ الحق في ما لا شُرع له، حيث إنه أوقع الظلم والضرر بالزوجة، والضرر لابد أن يزال، يزال بمنع الزوج من استخدام حقه في غير وجهه، والآية تأكد ذلك أنه لا يجوز أن يستخدم الزوج حقه لإضرار الزوجة، وعليه إما أن يمسكها بمعروف أو يسرحها بمعروف ولا يمسكها ضراراً، وبالتالي العلة في نزول الآية عدم إلحاق ضرر بالزوجة، وجاءت هذه القاعدة لإزالة هذا الضرر بمنعه، أي أن الزوج إذا ما طبّق قول الله تعالى كان آثماً. وبالتالي يظهر بذلك دور القاعدة وأثرها على المعيار، أنها تمنع الضرر الواقع والمتوقع.

الفرع الثاني: التطبيق الثاني: أثر القاعدة على المعيار الأول للتعسف في حكم الوصية بقصد الإضرار بالورثة.

أولاً: صورة المسألة: الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع[54]، الوصيّة هي تمليكٌ مضافٌ إلى ما بعد الموت[55]، والشخص الذي يريد أن يوصي له الحق في ذلك، فيوصي بحدود الثلث لقول النبي ﷺ: (الثلث والثلث كثير)[56]، لكن قد يتعسف الموصي في الوصية إذا كان يريد من توزيع التركة إضراراً بالورثة، وهذا لا يجوز لأن فيه مخالفة قصد الشارع، ولأن الوصية ما شُرعت لهذا، أو أراد أن يوصي لأجنبي بأكثر من الثلث بلا إذن من الورثة، أو أراد أن يوصي لوارث أصلاً

لقوله ﷺ: (لا وصية لوارث)[57]، ولذلك جاء قوله سبحانه وتعالى ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ ﴾ [58].

وجه الدلالة: أي يوصي بها غير مضار، أي غير مدخل الضرر على الورثة، أي لا ينبغي أن يوصي بدين ليس عليه ليضر بالورثة [59].

يرى الباحث أن الوصية تعطى لغير الورثة من الأقارب وغيرهم، بشرط عدم الإضرار بالورثة، لأنّ ذلك لا يجوز وهو المنهي عنه، وهذا هو عين التعسف.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّ هذا التطبيق من أبرز حالات استعمال الحق في غير وجهه، كما تكلمنا في صورة المسألة أنّ الوصية في ذاتها مشروعة، لكن إذا قصد الشخص إيقاع الضرر فيجب إزالته ومنعه، والضرر قد يكون بالوصية لأجنبي فيما زاد عن الثلث، وهو المنهي عنه في قوله ﷺ: (الثلث والثلث كثير)[60] وهنا يُعتبر الإنسان متجاوزاً للحق وليس متعسفاً ؛ لأن الوصية بأكثر من الثلث ممنوعة أصلاً، جاء في الفتاوى الكبرى: "فمتى أوصى بزيادة على الثلث فهو مضار قاصد، أو لم يقصد، فَتُرَدُّ هذه الوصيَّة"[61]، وبذلك أخذ قانون الأردني الأحوال الشخصية، "ولا تنفَّذ في ما زاد على الثلث"[62]، لكن التعسف قد يحدث بالوصية لأجنبي في حدود الثلث إذا كانت نيته الإضرار العمد بالورثة، والنيات أمور الغيبية لا يقدر الإنسان الاطلاع عليها، وبالتالي إذا لم يعلم الورثة أن الموصي أراد إضراراً بهم نفّذت الوصية، كما جاء في المادة 274 فقرة ب من قانون الأحوال الشخصية الأردني لعام 2019: "تنفّذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث"[63]. تكلم الفقهاء في قضية الوصية بنية الإضرار، وقسّموا الضرر إلى ضرر بقصد وبدون قصد، جاء في الفتاوى الكبرى: "لكن الضرار نوعان حيف وإثم، فإنه إذا قصد مُضَارَّتَهُم وهو الإثم، وقد يُضارُّهم من غير قصد، وهو الحيف [64]، ولا شك في أنّ الموصي إذا نوى الإضرار بالورثة في حدود الثلث يأثم لمخالفة قصد الشارع من الوصية. ودور القاعدة في ذلك أنها تمنع وقوع الضرر، كما نص الفقهاء على أنه إذا ثبت أن الموصي أراد إضراراً بالورثة بالإقرار مثلاً، فيجب إبطال الوصية [65] في مقتضى قوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ ﴾، ﴿ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِۚ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ يُدۡخِلۡهُ جَنَّٰتٖ ﴿١٣﴾ ﴾، ﴿ وَمَن يَعۡصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ

حُدُودَهُۥ يُدۡخِلۡهُ نَارًا خَٰلِدٗا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٞ مُّهِينٞ ١٤ ﴾[1][66]، وبالتالي إذا تبين أن قصد الموصي في الوصية الإضرار تُمنع ولا تُنفَّذ [67]، وبذلك يزال الضرر عن الورثة، وبالتالي من خلال هذا التطبيق تبين لنا دور القاعدة وأثرها على المعيار، لأنه أينما وُجد الضرر لابد من إزالته فوراً.

الفرع الثالث: التطبيق الثالث: أثر القاعدة على المعيار الأول للتعسف في حكم طلاق الفار.

أولاً: صورة المسألة: أن الطلاق أمر مشروع في دين الله في كل حال، لكن قد يتعسف الرجل في تطليق زوجته إذا كان قاصداً الإضرار بها، وخاصة إذا كان على فراش الموت [68]، سمّى الفقهاء هذا طلاق بطلاق الفار [69]، كطلاق عبد الرحمن بن عوف ﷺ تماضرَ بنت الأصبغ الكلبية فبتَّها ثم مات وهي في عدَّتها فورَّثها عثمَان ﷺ [70].

وجه الدلالة: الطلاق في هذه الحالة مظنة الفرار من توريثها، أي مظنة القصد إلى حرمانها من حقها في الإرث، ولذلك يُحكم بالتوريث دفعاً للضرر بها ودرءاً لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حق الطلاق، وهذا أقصى ما يمكن إعمال نظرية التعسف [71].

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

قدّمنا أن الطلاق مشروع في كل حال، وطلاق الرجل زوجته وهو مريض [72] أو على فراش الموت كطلاقه في حال الصحة [73]، وكذلك طلاق الرجل زوجته المريضة[74]، يعتبر جائزاً، وأيضاً طلاق المريض للمريضة [75]، كل هذه حالات جائزة في الشرع؛ لكن إذا قصد الزوج طلاق زوجته ليحرمها من الميراث فهو مضار؛ لأنه مخالف لقصد الشارع من الميراث. ولذلك لَمَّا كان عبد الرحمن بن عوف على فراش الموت وطلّق زوجته حكم الخليفة عثمان ﷺ بالتوريث دفعاً للضرر بها، وأجمع الفقهاء على ذلك [76]. فهذا مطابق للمعيار الأول، فالتصرف مباح وجائز غير أنه يعاقب بخلاف قصده، كما قال صاحب كشاف القناع: "وَلِأَنَّ قَصْدَ الْمُطَلِّقِ قَصْدٌ فَاسِدٌ فِي الْمِيرَاثِ فَعُورِضَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ"[77]، وبالتالي تورَّث الزوجة نظراً إلى سوء قصده وإضراره بها، إذ إنّ الطلاق وهو على فراش الموت قرينة دالة على قصده الفاسد وبالتالي حرمانها من الميراث [78]. والقاعدة تقول: "الضرر يزال"، فيزال بنقيض قصده الفاسد، أي بالتوريث، درءً للتعسف، وبالتالي دفعاً لوقوع الضرر المتمثل في منع الميراث.

[1] النساء، الآية 12، 13، 14.

من خلال التطبيق الوارد تبين لنا أنّ القاعدة لها محور الرئيسي في النظرية، وهي تكون أساساً في مثل هذه المسائل إذ تمنع الضرر الواقع أو المتوقع، وبالتالي لها أثر قوي على نظرية التعسف عامةً، وعلى المعيار الأول خاصةً، ويكون الاعتماد عليها في التحرّي عن الحكم.

الفرع الرابع: التطبيق الرابع: أثر القاعدة على المعيار الأول للتعسف في حكم دخول التاجر في المنافسة بقصد إساءة إلى التاجر آخر.

أولاً: صورة المسألة: أباح الإسلام المنافسة بين التجار في تجاراتهم، حيث يترتب على ذلك تقديم السلع الأكثر جودة والأقل سعراً، ولا شك أنّ فيها مصلحة للمستهلكين، إذ يكون بإمكانهم أن يختاروا الأفضل والأرخص، فالمنافسة في التجارة أمر طيب ومطلوب، لكن قد يتعسف التاجر من خلال استخدام حقه في المنافسة بقصده الإضرار بالغير، حيث إنّ دخول التاجر في المنافسة إنما وقع بقصد الإساءة إلى التاجر الآخر.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار:

يرى الباحث أنّ الأصل في المنافسة الحرية والإباحة، وهذان أمران يقتضيان أن تكون المنافسة عادلة بموجب الضوابط الشرعية، بحيث ينعدم فيها الظلم، لأنه المنهي عنه في الإسلام سواء في التجارة أو في غيرها. قلنا إن المنافسة أمر طيب، بل هي مطلوبة لِما يترتب عليها من الفوائد التي يستثمرها المستهلكون إذ تأتيهم السلعة الأكثر جودة والأقل سعراً. وقلنا إنه لابد أن تكون المنافسة وفق الضوابط والشروط التي تقتضيه مصالح الخاصة والعامة مع التوافق بينهما. ولا شك أن دخول التاجر في منافسة التجارية تقتضي مصلحته في ذلك التي تتمثل في الربح، أما إذا كان دخول التاجر في المنافسة لغرض آخر كإفساد تجارات الناس أو إساءة إلى سمعتهم، فذلك لا يجوز، لأنه لا يريد وراء هذه التجارة إلاّ الإضرار بالغير وليس له مصلحة فيها. ويمثل على طرق الإساءة: كل ما فيه اعتداء على سمعة التاجر كالادعاء بأنه سيفلس قريباً، أو بأنه لا يجد من يريد أن يتعامل معه بسبب عدم مصداقيته مع الناس، أو نشر أخبار الكاذبة بأنه مريض مرض نفسي وغيرها من الأكاذيب، وكذلك يكون الأمر في حالة نشر المعلومات الكاذبة بشأن سلعة التاجر بأنها ذات جودة متدنية، أو نشر الأخبار بأنها تحتوي على مواد ممنوعة أو بأنها غير مطابقة للمواصفات، أو الاعتداء على الاسم التجاري، أو تقليد العلامة التجارية التي يستخدمها التاجر لتمييز سلعه عن السلعة أخرى، أو استغلال براءة اختراع، وغير ذلك من الأمور. كل ذلك يمكن أن تكون من القرائن الدالة على قصد سوء التاجر، وبالتالي إذا ثبت قصده الإضرار يُمنع.

ولا شك أن في هذه التصرفات السيئة من الغش والكذب ضرر لأصحاب الشركات، وقد يؤدي إلى الخسارة أو إلى شطب الشركة أصلاً، فالضرر لابد أن يزال، فيزال برفع القضية عليهم وطلب وقف تصرفاتهم، وقد يُطالب بدفع التعويض إذا وقع التاجر بسببه في الخسارة، وفي ذلك يظهر أثر قاعدة "الضرر يزال" ودورها إذ لابد من إزالة الضرر أينما وُجد.

المطلب الثاني: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الثاني وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه المشروع يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشرع".

الفرع الأول: التطبيق الأول: أثر القاعدة على المعيار الثاني للتعسف في حكم بيع العينة.

أولاً: صورة المسألة: أن البيع مشروع في دين الله سبحانه وتعالى، لكن قد يتعسف إنسان في بعض أنواع البيع، ومن هذه البيوع بيع العينة [79]، لأن ذلك يُتَّخَذ وسيلةً إلى الربا، فهو أن يشتري إنسان السلعة بالأقساط ثم يبيعها لنفس الشخص أرخص بقصد الحصول على النقد [80]، هذا البيع نهى عنه النبي ﷺ وقال: (إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع سلّط الله عليكم ذلاً لا ينزعه منكم حتى تراجعوا دينكم) [81]، (إذا تبايعتم بالعينة) هذا وعيد يدل على التحريم [82].

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أن هذا المعيار من أبرز حالات استعمال الحق في غير وجهه، لأن في ذلك حيلة للقرض بالربا، ولأن من شروط البيع المعروفة عند الفقهاء أن تكون السلعة حلالاً في أصلها، وأن تكون طريقة البيع حلالاً. ويرى الباحث أنّ بيع العينة نهى عنه النبي ﷺ لأن فيه ضرراً، ولأنه طريق إلى الربا وهو منهي عنه عند جمهور الفقهاء [83]، لأنّ فيه استخدام صورة البيع وهي حلال لتحقيق غرض غير مشروع وهو الربا، لذا كان هذا البيع غير جائز عندهم. ولا شك أن من يلجئ إلى أنواع التجارة هذه كالعينة يقع في أكثر من ضرر، الضرر الأول المادي لأنه صار عليه أن يسدد مبلغا كبيرا، وذلك أنه من خلال هذا البيع ما ربح، بل صار مدينا، فهدفه كان الحصول على السيولة فقط وليس البيع نفسه، والضرر الثاني أخروي وهو وقوع في المعصية حسب رأي الجمهور، فدور القاعدة هو منع وقوع الضرر، أولاً؛ بمنع التوجه و اللجوء إلى هذا نوع البيع ابتداءً، لأنّ وراءه ضيق المادي وهو ضرر لا شك فيه ، وثانياً؛ إذا وقع فيكون إزالته بالتوبة، وألا يرجع إليه مرة أخرى، وبهذا يتبين لنا مهمة القاعدة وأثرها على المعيار، لأن الضرر منهي عنه وبالتالي لابد من إزالته فوراً.

الفرع الثاني: التطبيق الثاني: أثر القاعدة على المعيار الثاني للتعسف في حكم زواج التحليل.

أولاً: صورة المسألة: إذا طلّق الزوج زوجته ثلاثاً فإنها تبين منه بينونة كبرى ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غير، فإذا تزوجها شخص آخر بعد انتهاء العدة فالزواج الأصل فيه أنه جائز ومشروع، لكن إذا كان قصد الزوج الثاني أنه يحلل الزوجة للزوج الأول، فهنا استخدام الزواج الذي أصل فيه الحل لتحقيق غرض غير مشروع وهو التحليل للزوج الأول، فهنا يُحرم الزواج الثاني لمخافة شرع الله وهو وجود اتفاق على التحليل.

فزواج التحليل [84] محرم وباطل عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة [85] لقوله ﷺ: (لُعِنُ المحِلُّ والمُحَلَّلُه) ([86]، أن الطلاق الثلاث يفيد زوال الملك والحل زوالاً مؤقتاً، فتحرم المرأة على من طلّقها تحريماً مؤقتاً، ولا يجوز له أن يعقد عليها إلاّ إذا تزوجت بزوج آخر لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [87]. تنتهي الحرمة إذا كان الزواج الثاني مؤبداً طبيعياً، قصد به دوام الزوجية والعشرة، وهو المقصود قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ ، وذلك بشروط:

1 - أن تنكح زوجاً غيره[88]، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾

2 - أن يكون النكاح الثاني صحيحاً، فإن كان فاسداً [89] ودخل بها، لا تحل للأول [90].

3 - أن يطأها الزوج الثاني في الفرج [91]، لقوله ﷺ: (أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عُسَيْلَتَهُ ويذوق عُسَيْلَتَكِ) [92].

4 - أن يكون العقد الثاني غير مؤقَّت، لأن الزواج يقتضي الديمومة، ولأن الزواج المؤقت محرم [93].

زواج التحليل سُمِّيَ بذلك لأنه قصد تحليلها لغيره بواسطة حلها له وحله لها [94]، لأنّ الزوجة تتزوج من الرجل الثاني لا بقصد الديمومة والاستقرار، ولكن بقصد أن يكون زوجها الأول لها حلالاً، ولأن في زواج التحليل مخالفة قصد الشارع من الزواج، وهو الديمومة والاستقرار والعشرة، يحل للمرأة أن ترجع إلى زوجها الأول لكن بشروط التي ذكرنا، وبالتالي نرى في هذه المسألة تعسفاً وهو استخدام حق الرجل في الزواج لكن محلِّلاً الذي يخالف مقصود الله من مفهوم الزواج، ولذلك حكم جمهور الفقهاء أن زواج التحليل محرم وباطل [95].

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّ هذا التطبيق من أبرز حالات استعمال الحق في غير وجهه، لأننا نجد أن من طلّق زوجته ثلاثاً له حق إرجاع زوجته المطلقة بشرط أن ينكحها رجل آخر نكاحاً حقيقياً، ولذلك نرى في هذه الصورة أضراراً كثيرة باستعمالهم لعقد مشروع وهو الزواج الثاني لتحقيق غرض غير مشروع وهو عقد المحلل، ولأن فيه عدم ديمومة العقد الثاني وهو الأساس، ولذلك نهى النبي ﷺ عنه. ولا شك أن الضرر يقع عليهم باكتساب الإثم، وذلك باتفاقهم على زواج التحليل المحرم المنهي عنه. وبذلك نجد أن قاعدة "الضرر يزال" لها أثر قوي على مثل هذه المسائل، والضرر لابد من إزالته، فيزال إما بعدم إطلاق كلمة الطلاق إذ سينتج عنها ندم الزوجين، وإما بمنع زواج التحليل المحرم. والله أعلم.

الفرع الثالث: التطبيق الثالث: أثر القاعدة على المعيار الثاني للتعسف في حكم تأديب الزوجة.

أولاً: صورة المسألة: ولاية التأديب وضعها الشارع حقاً في يد الزوج، لتحقيق غاية معينة، وهي رجوع الزوجة إلى طاعته إذا نشزت، لكن قد يتعسف الزوج في استعمال حقه في مسألة التأديب إذا استعمل حقه في غير مكانه، وهذا الحق ثابت بقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ٣٤ ﴾[96]

وجه الدلالة: (فعظوهن) أي بكتاب الله، أي ذكّروهن ما أوجب الله عليهن من حسن الصحبة وجميل العشرة للزوج، والاعتراف بالدرجة التي له عليها، (واهجروهن في المضاجع) والهجر في المضاجع هو أن يُوَلّيها ظهره ولا يجامعها، (واضربوهن) ويجوز معه أن يضربها الزوج ضرب الأدب غير المبرح[97].

يرى الباحث أنّ التأديب إنما شرع لأجل إعادة الزوجة إلى جادة الطريق لتحقيق الاستقرار والعشرة الطيبة، وذلك باستخدام وسائل التأديب المذكورة في القرآن وترتيبها، ولكن إذا كان استخدام الزوج تلك الوسائل لتحقيق غير ما شُرع من أجله فذلك لا يجوز وهذا هو عين التعسف.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّ هذا المثال من أبرز حالات استخدام الحق في غير وجهه، لأنّ ولاية التأديب وضعها الشارع حقاً في يد الزوج، لتحقيق غاية معينة، وهي رجوع الزوجة إلى طاعته إذا نشزت،

فيجب على الزوج أن يستعمل حقه في ذلك استعمالاً يطابق الحكمة التي من أجلها شُرع له هذا الحق، فإذا قصد الزوج من ممارسة حقه غايةً غير التي شرعها الله كان مضاراً وظالماً، كإجبار الزوج زوجته على شيء ليس من واجبات حياة الزوجية وليس له مسوغ الشرعي فيه، أو أراد الانتقام منها. ولذلك وضعت الشريعة الخطوات التأديبية كالنصح والموعظة الطيبة، بأن يبين لها وجوب طاعته، وما فرض الله علي المرأة والرجل من الحقوق في حياتهم الزوجية، باللطف تارةً، وبالزجر تارةً أخرى حسب الأحوال، هذه الخطوة الأولى. فإن تعذر ذلك انتقل إلى الخطوة الثانية، وهي الهجر، فيسوغ له بعد ما لم ينجح في الأولى أن يهجرها في الفراش، إظهاراً لعدم رضاه عنها ومعاملتها، فإذا لم يستفد الزوج من هاتين الخطوتين سمح الله سبحانه وتعالى له أن يتحول إلى الخطوة الثالثة وهي الضرب، وهذه الحالة سمّاها سبحانه وتعالى النشوز، وبالتالي لابد من الترتيب الذي جاء في الآية المذكورة، وإلاّ يكون الزوج متعسفاً في استعمال حقه. وكذلك الضرب لابد أن يكون غير مبرح كما بيّن ذلك النبي ﷺ: (فضربوهن ضرباً غير مبرّح) [98]، وبالتالي لا يحق للزوج أن يستخدم حقه إلاّ في هذه الحال وبالترتيب الذي جاء في الآية، والرسول ﷺ بين قوة الضربة، والضربة المقصودة هنا، هي ضربة ليست بشديدة ولا شاقة [99]، فإذا تجاوز حقه فهو ظالم ومضار.

من خلال دراسة المسألة تبين لنا أوجه التعسف؛ فالتعسف قد يكون بعدم ترتيب وسائل التأديب، إذا لم يستعمل الخطوة الأولى وهي النصح والموعظة الطيبة، وتحول مباشرةً إلى الخطوة الثالثة وهي الضربة، وقد يكون التعسف بمجاوزة الحق في التأديب نفسه، إذا كانت ضربته قوية ليست كما وصفها النبي ﷺ، أو قد يكون التعسف بعدم التكافؤ بين الخطأ والعقوبة، وذلك بوضع عقوبة الضرب بسبب التصرف من الزوجة التافه.

هذه التطبيقات تبين لنا علاقة القاعدة مع المعيار وتوضح أثرها عليه ؛ لأن المعيار يتكلم عن استعمال الإنسان حقه مشروع يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشرع، ولذلك لا يجوز استعمال حقه إلاّ فيما شُرع له، وإلاّ فيقع في مخالفة الشرع الذي نتيجته الضرر بالزوجة، وبالتالي نقول: أينما وُجد الضرر مُنع ووجب إزالته فوراً، فيزال قبل وقوعه بمنعه عن ذلك، كما يزال بعد وقوعه بمنعه أن يرجع إلى فعله مرةً أخرى ، ولذلك نجد أن القاعدة لها أثر قوي ومباشر على هذا المعيار وتكون عموداً وعنصراً رئيسياً وجوهرياً في التحري عن الحكم.

الفرع الرابع: التطبيق الرابع: أثر القاعدة على المعيار الثاني للتعسف في حكم من توظف في الشركة بقصد الحصول على الراتب بدون العمل، أي صورياً.

أولاً: صورة المسألة: السعي في طلب الرزق أمر مطلوب في الإسلام، بل هو ممدوح، قال سبحانه وتعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُواْ فِى ٱلۡأَرۡضِ وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا لَّعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴾ [100]، ولأن الرسول ﷺ أنكر المتسول، قال: "لأن يغدو أحدكم فيحطب على ظهره، فيتصدق به ويستغني به من الناس، خير له من أن يسأل رجلا، أعطاه أو منعه ذلك. فإن اليد العليا أفضل من اليد السفلى. وابدأ بمن تعول"[101]، ولذلك لابد للإنسان أن يسعى في طلب كسب المال، وبالتالي لابد أن يكون طريقه في كسب المال طريقاً حلالاً حتى يصبح رزقه حلالاً، ويؤجر عليه، ولا يجوز أن يتّخذ طريق الحلال للحصول على شيء محرم، يُمثّل على ذلك من يريد التوظيف في شركة بقصد حصول على راتب دون أن يعمل، أو ليتفرغ لعمل آخر.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار:

قلنا في صورة المسألة أنه لابد من السعي في طلب الرزق لتكون حياة الإنسان كريمةً، وألا يسأل الناس حاجته، وقلنا إنه لابد له أن يستخدم لذلك الطرق الجائزة المعتبرة في شرع الله حتى يعيش حياةً طيبةً مطمئنةً في ظل مرضاة الله، ولا يجوز للإنسان أن يستخدم طريقة الحلال بقصد الحصول إلى ما ليس له حقه فيه، كرجل يتوظف في شركة ما لغرض الحصول إلى راتب دون أن يعمل، أو لغرض الحصول إلى راتب التقاعد فيما بعد، أو يتوظف إمام مسجد ليتفرغ لعمل رئيسي آخر، فلا يريد من الإمامة إلّا استغلالها، كل هذه الصور ممنوعة في الإسلام؛ لأن الإنسان يستعمل حقه المشروع بقصد تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشرع، فللمسلم الحق في أن يتوظف ويعمل، لكن ليس له الحق في التعسف باكتساب المال دون أن يعمل، وهذا هو عين التعسف، أي استخدام الحق فيما لا شُرِعَ له، لأن الحقوق إنما شُرعت لتحقيق المصلحة المعتبرة منها[102]، ولذلك إذا أُتُّخذَ طريق الحلال طريقاً يحصل به إلى أمر ممنوع يُصبح ذلك الطريق ممنوعاً كذلك، قال ابن القيم: "فوسيلة المقصود تابعة للمقصود"[103]، ولذلك لا يجوز للإنسان أن يستخدم حقه فيما ليس له فيه حق. أما الأثر على قاعدة الضرر يزال فيرى الباحث أنه: استقرَ في المجتمع المسلم أن كسب المال بطريقة المحرمة أمر غير ممدوحٍ، بل هو منكَر، ودليل ذلك ما نسمع من الناس إنكارهم لأئمة المساجد الذين يغيبون عن عملهم، وكثرة شكواهم عليهم إلى الأوقاف، وبالتالي إنكار المجتمع عليهم دليل قوي على

مخالفتهم في ذلك، وهذه المخالفة تنتج الأضرار، منها؛ أولاً: مخالفة الشرع، لأن في ذلك الغش الذي نهى عنه النبي ﷺ، قال: "من غشنا فليس منا"[104]، واكتساب المال بغير حق، وأكل أموال الناس بالباطل، ثانياً: فقدان ثقة المجتمع في الأئمة، الذي يؤدي إلى كراهية رجال الدين، وبالتالي عدم استفسارهم في أمور الدينية والنتيجة؛ يبقى المجتمع في جهل، ثم فساد رجال الدين يؤدي إلى فساد المجتمع. والحاصل أن في ذلك ضرراً، والضرر لابد أن يُزال، فيُزال بمنع أئمة المساجد من التغيب عن مراكز عملهم، وذلك بمراقبة الأمر من قِبَل وزارة الأوقاف، والتشديد على الأئمة. وهذا هو أثر القاعدة على المعيار ودورها فيه أنها تمنع وقوع الضرر، وإذا وقع لابد من إزالته فوراً.

المطلب الثالث: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الثالث وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه ويترتب عليه ضرر عام بالجماعة أو خاص بالأفراد لكنه أكبر من مصلحة صاحب الحق".

الفرع الأول: التطبيق الأول: أثر القاعدة على المعيار الثالث للتعسف في حكم الاحتكار.

أولاً: صورة المسألة: أباح الشرع للناس شتى أنواع تجارة، وبالتالي من حق العباد أن يتّجروا فيما بينهم، ولكن الإسلام وضع الشروط، كشرط أن تكون السلعة حلالاً ابتداءً وألا يكون الغبن فيها، وعدم الغش مثلاً، وغيرها من الشروط، لكن قد يتعسف التاجر في استعمال حقه في بعض أنواع التجارة، من هذه الأنواع الاحتكار.

الاحتكار: وهو حبس السلعة من أقوات الناس بقصد رفع السعر في أوقات القحط وهو محرم[105] لقوله ﷺ بقوله: (لا يحتكر إلّا خاطئ)[106].

وحتى يكون الاحتكار محرماً لابد من توافر الشروط:

- أن يشتري السلعة ويحبسها بقصد رفع السعر، أما من جَلَبَ شيئا، أو أَدخَل من غَلَّتِه شيئا، فادَّخَرَه، لم يكن محتكرا [107].

- أن يكون من قوت الناس، أما إذا كان طعام مثل العسل والحلواء والزيت فليس فيها احتكار محرم [108].

- أن يكون الناس في حال الضَيّق، أما في حال اتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم [109].

يرى الباحث أنه قد لا يقتصر على قوت يوم من الطعام الأساسي في أيامنا هذه، وقد يدخل هنا البترول والغاز، لأنّه إذا حبس التجار الوقود وغُليت الأسعار عليها وقع كثير من الناس في الضيق والحرج.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّ الاحتكار محرم كما بينّا ذلك من خلال شروط الاحتكار المحرم، وبالتالي إذا نظرنا إلى التطبيق نجد أن التاجر له حق في تجارته بأن ينتفع بحسب مصلحته، ولكن بشرط أن لا يلحق ضرر بالناس بسبب تجارته، كما هو في المثال، ولذلك إذا أراد التاجر حبس السلعة التي هي من أقوات الناس، بقصد رفع السعر، وهو الذي سماه الشرع الاحتكار، فيُمنع من ذلك، لأنه كلما قل العرض وزاد الطلب ارتفع سعر السلع، لأن في رفع السعر ضرر كبير على المحتاجين، وبالتالي لا يتمكنون من شراء الأشياء الضرورية والأساسية، ولذلك نهى النبي ﷺ بقوله: (لا يحتكر إلّا خاطئ)[110]، ولا يُنظر في هذه الحالة إلى مصلحة التاجر، لأنّ المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة وفق القاعدة المتفرعة عن القاعدة التي نحن في بصددها وهي "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[111]، وبالتالي يُمنع من مصلحة التاجر المحتكر ولو وقع في الضرر، لأن ضرره أخف بكثير ولا يساوي الضرر الواقع بالجماعة. ولا شك أن الحكمة من تحريم الاحتكار هي دفع الضرر عن الناس، والضرر لابد أن يزال، فيزال بمنع الاحتكار من قبل الحاكم، جاء في الدر المختار؛ "ويجب أن يأمره القاضي ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله، فإن لم يبع، بل خالف أمر القاضي عزره بما يراه رادعاً له، وباع القاضي عليه طعامه وفاقاً"[112]، وجاء في الاختيار في تعليل المختار؛ "إذا خاف الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفَرَّقَه عليهم"[113]. كذلك نرى في مسألة الاحتكار وجه التعسف: أن التاجر مسموح له أن يمارس التجارة؛ لكن إذا تضمنت التجارة حبس السلعة بقصد رفع السعر، وكانت السلعة من الأقوات في أوقات القحط فلا، فهذا هو عين التعسف. ولذلك للقاعدة أثر على المعيار، بيّنّاه من خلال التطبيق، وتكون القاعدة عموداً في التحري عن الحكم.

الفرع الثاني: التطبيق الثاني: أثر القاعدة على المعيار الثالث للتعسف في حكم تلقي الركبان.

أولاً: صورة المسألة: أباح الشرع للناس شتى أنواع تجارة، وبين أساليبها، ووضع الشروط في أنواع التجارات لصحتها، كما وضع الشروط لصحة أساليبها، وبالتالي قد يتعسف التاجر في استعمال حقه في بعض أنواع أساليب التجارة المباحة، من هذه الأساليب تلقي الركبان.

تلقي الركبان: أي تلقي التاجر للوافدين إلى السوق من أهل الريف والبادية وشراء ما جلبوه بالثمن الرخيص

لبيعه لأهل المدينة غالياً[114]، وقد نهى عنه رسول الله ﷺ، في قوله: (لا تلقوا الركبان)[115].

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّ تلقي الركبان هو أسلوب من أساليب التجارة، التي تؤدي إلى الضرر بالجماعة، إذ يلتقي التاجر خارج السوق الوافدين من أهل الريف والبادية ليشتري بضاعتهم بسعر رخيص، ولا شك أن في ذلك ضرراً على أهل البادية، إذ يشتري بضاعتهم بسعر أقل من سعر السوق، بسبب جهلهم بأسعار المدينة، وبالتالي باعوا بضاعتهم بسعر أرخص مما كانوا يستطيعون أن يبيعوا، ولا شك أن الحكمة من منع التلقي هي الضرر الواقع على الناس، والضرر يزال في شرع الله سبحانه وتعالى، ولهذا السبب نهى النبي ﷺ عن يتلقى التاجر القادمين إلى سوق المدينة. كما يتضرر أهل البادية من ناحية، فكذلك يتضرر أهل المدينة من ناحية أخرى إذ يشترون من التجار البضاعة بسعر الغالي، وفي هذه الصور المضرة العامة أكبر من المصلحة الخاصة، يقول العز بن عبد السلام: "فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة"[116]، لأنّ مصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد كما قدّمنا سابقاً. والضرر يزال بوضع الحاكم السعر معين في السوق إذا دعت الحاجة، جاء في الطرق الحكمية لابن القيم: "لا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضَرَرِ العامة"[117]. ومن الصور المعاصرة اليوم قد يتمثل في الوسيط بين البائع والمشتري كالسمسرة، وهو الإنسان الذي يتوسط بين البائع والمشتري ويقدِّم للمشتري سعره هو وليس بسعر الحقيقي، يستغل جهل الناس في عدم معرفتهم في هذا المجال، فمثلاً لو أراد إنسان أن يبيع داره، يأتيه الوسيط يأخذ المعلومات ثم يقدِّم الدار بسعر أعلى، والأمثلة على ذلك كثيرة. ويرى الباحث أنّ من الحلول لهذه الصور أن تُخبر الشركات الصانعة بسعر السلعة الحقيقي لتجنب الوسطاء واستغلالهم، وذلك بوسائل الإعلام، أو على صفحة المصنع الإلكتروني أو بطريقة أخرى. والحاصل أنّ من خلال دراسة التطبيق وجدنا أنّ قاعدة "الضرر يزال" لها أثر قوي ومباشر في مثل هذه المسائل، وتكون عنصراً جوهرياً وعمادا رئيسياً في بناء الحكم عليها.

الفرع الثالث: التطبيق الثالث: أثر القاعدة على المعيار الثالث للتعسف في حكم بيع الحاضر لباد.

أولاً: صورة المسألة: تكلمنا في المثال السابق أن بعض أساليب التجارة قد يكون محرما، ولو كان جائزا ظاهراً، لأنّ الإنسان فيها يتعسف في استعمال حقه مما يلحق الضرر بالناس، من هذه الأساليب التي يتعسف التاجر فيها بيع الحاضر لباد.

بيع الحاضر لباد نهى عنه النبي ﷺ بقوله: (ولا يبيع حاضر لباد) [118] أي أن الحاضر إنما نهى أن يبيع للبادي لأن الحاضر يعلم أسعار الأسواق، فيستقصى على الحاضرين فلا يكون لهم في ذلك ربح، وإذا باعهم أعرابي على غرته وجهله بأسعار الأسواق ربح عليه الحاضرون [119].

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّ قول النبي ﷺ: (لا يبيع حاضر لباد) [120]، هو تكملة حديث تلقي الركبان، بيّن فيه ﷺ أن في بعض أساليب التجارة ضرراً على الناس، فهذه الصور من التجارة يتعسف التاجر فيها في استعمال حقه، لأنه مع تحقيق مصلحته يوقع الناس في الحرج والضيق. لأنّ أهل الحضر أعلم بأسعار المدينة من أهل البادية، وبالتالي يشتري أهل البادية بسعر الغالي فيتضررون بذلك، والضرر يزال أينما وُجد في شرع الله، ولهذا السبب منع النبي ﷺبيع الحاضر لباد.

من خلال دراسة التطبيقات يتَبين لنا علاقة القاعدة مع المعيار، وبالتالي يبدو لنا واضحاً أثرها عليه، لأنّ المعيار يتكلم عن استعمال الإنسان حقه؛ لكن عند ووقوع الضرر على الجماعة، وحيث إنّ الضرر الواقع على الجماعة أكبر من مصلحة صاحب الحق، ففي هذه الصور من التجارة نجد أنها عين التعسف، والتعسف المتمثل هو منع المباح الذي مآله الضرر. وأيضاً نستطيع أن نقول كما بينّا ذلك في المثال السابق أن للحاكم أن يسعّر إذا دعت الضرورة لذلك [121]، لإزالة الضرر عن الناس وهذا هو دور القاعدة، وأثرها على المعيار.

الفرع الرابع: التطبيق الرابع: أثر القاعدة على المعيار الرابع للتعسف في حكم من قام بصيانة شقته في وقت متأخروأزعج بذلك الجيران.

أولاً: صورة المسألة: أباح الإسلام لصاحب الشقة أن يتصرف فيها كيف يشاء، وله أن يقوم بأعمال فيها ما تقتضيه المصلحة، لكن قد يتعسف في استعمال حقه إذا كان استعماله غير معتاد بين الناس، كمن يقوم بصيانة شقته في وقت المتأخر ينام فيه الناس عادةً.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار:

تكلمنا في المسائل السابقة أنّ حق الملكية ثابت في شريعة الله سبحانه وتعالى، وأنّ الإسلام أباح لصاحب الحق أن يستعمله كما يريد، وقلنا كذلك أن استعمال الحق ليس على اطلاقه، وإنما بالضوابط التي وضّحتها نصوص القرآن والسنة، ومن أهم الضوابط عدم الإضرار بالغير[122]، فالمعيار الذي نحن في صدده يتكلم عن استعمال الإنسان حقه ؛ لكن بشرط أن لا يتعسف في حقه فيترتب عليه ضرر عام بالجماعة أو خاص بالأفراد، وبالتالي مالك الشقة له حق أن يقوم بصيانتها ؛ لكن لا يجوز له أن يَخرج من دائرة المعتاد بين الناس في استعمال حقه في ذلك، فإذا

خرج كان متعسفاً، كمن يقوم بالعمل في شقته في أوقات متأخرة، فيترتب عليه إلحاق الضرر بجيرانه. ولا شك أن هذا مخالف لما تعارف عليه الناس، لأنهم تعودوا على الهدوء في الليل، وهو الوقت الذي ينام فيه الناس عادةً، وبالتالي مخالفته لما اعتاد عليه الناس أدّت إلى الأضرار المتمثلة في أصوات آلات الصيانة المزعجة. إنّ دور القاعدة أن تزيل الضرر، فإزالته تكون بمنع القائم بالصيانة من استعمال حقه في الوقت المتأخر، لأنه متعسف، أي بمنع وقوع الضرر على جيرانه. وبالتالي من خلال هذا التطبيق يبدو واضحاً أثر القاعدة على المعيار، لأنه أينما وُجد الضرر لابد من إزالته فوراً.

المطلب الرابع: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الرابع وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه في ملكه غير متعارف بين الناس".

الفرع الأول: التطبيق الأول: أثر القاعدة على المعيار الرابع للتعسف في حكم فتح المصالح التجارية، أو صالات الأفراح، أو المصانع والمعامل الصناعية، أو تربية الحيوانات، إذا كان ذلك في الأحياء السكنية، لأن هذا استعمال غير متعارف بين الناس.

أولاً: صورة المسألة: أباح الشرع للإنسان التصرف في ملكه بما يراه مناسباً، لكنه قد يتعسف من استعمال حقه في ملكه إذا وقع بسبب تصرفه ضرر على الناس، ويكون هذا تصرف تصرفاً غير معتاد أو غير متعارف بين الناس، منها؛ فتح المصالح التجارية، أو صالات الأفراح، أو المصانع والمعامل الصناعية، أو تربية الحيوانات إذا كان ذلك في الأحياء السكنية، فالأصل أن هذه المصانع مباحة وفيها تنمية للاقتصاد، غير أنّ العرف اليوم يمنع فتحها في الأحياء السكنية لما يترتب على ذلك من إزعاج أو تلوث للبيئة، لذا تقرر السلطة منع هذه المباحات لأنها غير معتادة لما فيها من الضرر، وبذلك يتعسف أصحاب المصالح من فتحها.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّه إذا نظرنا إلى التطبيق، نجد أنّ أصحاب المصالح التجارية لهم حق في مشروعهم، لكن بسبب مصالحهم يتضرر جيرانهم، والضرر قد يكون بسبب الأصوات المزعجة، أو الروائح الكريهة، أو تلوث للبيئة، لأنّ من المتعارف عند أهل المنطقة الهدوء، كما في حقهم أن يتنفسوا هواءً نقياً، ولأنهم ما سكنوا في هذه المنطقة إلاّ بسبب هذه المَيّزات، ولأن صوت الموسيقى العالي الذي يخرج من سماعات صالات الأفراح ليس في عرفهم، وكذلك الأمر مع المصانع والمعامل الصناعية وتربية الحيوانات، كل ذلك يكون مزعجاً لأهل المنطقة السكنية الهادية، وبالتالي يقع

الضرر بهم، والضرر يزال، يزال برفع القضية إلى المحاكم وبالتالي منعها من قبل السلطة وذلك بموجب نظام الأبنية والتنظيم في مدينة عمان لسنة 2018 [123]. ولذلك نجد أنّ للقاعدة في مثل هذه حالات الدور الكبير والأثر القوي في اتخاذ الحكم، إذ لابد من إزالة الضرر في شريعة الله سبحانه وتعالى.

الفرع الثاني: التطبيق الثاني: أثر القاعدة على المعيار الرابع للتعسف في حكم استئجار عقار أو منقول في استعماله استعمالاً غير متعارف بين الناس.

أولاً: صورة المسألة: أباح الشرع الإجارة بين الناس ووضع لها أركانها وشروطها كي لا يظلم الناس بعضهم بعضا فاستئجار العقار أو المنقول جائز لكن لا يجوز استخدامه فيما غير المتعارف بين الناس، كاستئجار السيارة واستخدامها استخداماً الذي ليست هي مخصصة لذلك، أو استخدام العقار مخصص للسكن لغرض آخر مخالف للعرف كاستخدامه بقصد إقامة المصنع، ولذلك قد يتعسف المستأجر من استخدام ما استأجره بسبب استخدامه لشيء المستأجر بطريقة غير معتادة بين الناس، وسواء كان عقاراً أو منقولاً.

رابعاً: أثر التطبيق على المعيار.

يرى الباحث أنّه إذا نظرنا على هذا المثال، وجدنا أن من حق مستأجر السيارة أن ينتفع بها، لكن ليس من حقه أن يحملها فوق ما هو مطلوب من قبل صانعها، أو يحملها الأغراض وهي ليست مخصصة لذلك، لكن يحق له أن يستعمل السيارة في ما هو معروف، أما إذا استعملها استعمالا غير المعتاد ولا المتعارف بين الناس فليس له ذلك، فمثلاً حَمَلَها أكثر من المعتاد فأفسدها بذلك، وبسبب الاستعمال الخاطئ من قبل المستأجر لسيارة يقع المؤجر في الضرر الكبير إذ يحتاج إلى الصيانة الزائدة المكلفة له، فيُمنع المستأجرُ من استخدام السيارة بهذه طريقة لأنه ضرر والضرر يزال كما قدّمنا، أما إذا وقع الضرر ضمن[124]، وقد منع الشارع استعمال العقار خارج الحدود المخصصة لاستعماله، لأنه يترتب على ذلك الضرر بالمؤجر، والضرر لابد أن يزال، حيث يزال برفع القضية إلى المحكمة وبالتالي يجبر القاضي الجهة الضارة أن تضمن ما أفسدت، لأن من أفسد شيئا ضَمَنَه، كما قال ابن القيم: "كل من أتلف مال غيره بمباشرة أو سبّب فإنه يضمنه ولا بد"[125]. وجاء في المادة القانونية: 693، من القانون المدني الأردني: "لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال المأجور حدود المنفعة المتفق عليها في العقد فإن لم يكن هناك الاتفاق وجب الانتفاع به طباقاً لما أعدت له وعلى نحو ما جرى عليه العرف، فإذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه ضمان ما ينجم

من فعله من ضرر"[126]. وبالتالي يبدو واضحاً دور القاعدة في المسألة ولا ريب أن لها أثراً في المسائل المتعلقة بالإجارة كما بيّنا، ويكون الاعتماد عليها عند اتخاذ الحكم.

الفرع الثالث: التطبيق الثالث: أثر القاعدة على المعيار الرابع للتعسف في حكم من سقى أو بنى بطريق غير معتاد وأدّى ذلك إلى الضرر.

أولاً: صورة المسألة: أباح الشرع لصاحب الملك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يتجاوز الحدود المسموحة، لكن قد يتصرف في ملكه تعسفاً، بأن يكون له فيه حق لكن مآل هذا الحق أدّى إلى إلحاق الضرر بغيره، كمن سقى أرضه وخرج الماء إلى أرض جاره فأفسد زرعه، أو من بنى البناء بطريق غير معتاد وأدّى ذلك إلى ضرر إما بالجار وإما بالمار.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

إنّ من حق الملكية أن يتصرف صاحب الحق في حدود ملكه، لكن حقه ليس على إطلاقه وإنما مقيّد بالضوابط التي وضعتها الشريعة، منها: حسن معاملة الجيران وعدم إزعاجهم، وذلك يمكن أن يكون بلسانه، كما هو يمكن أن يكون بتصرفاته، ولذلك إذا أراد أن يسقي حديقته، كما في المثال، لابد أن يراعي الأحوال؛ وهي أن لا يخرج الماء من حديقته، لأنه إذا خرج دخل إلى ملك جاره فأفسد زرعه، أو يخرج الماء إلى طريق السيارات ويؤدي ذلك إلى انزلاقها، وبالتالي يكون سبباً في الحوادث، وكذلك الأمر مَن بنى بيته بطريق غير معتاد، أو كمن خالف القوانين المعتادة في التزامه بالارتدادات الجانبية والأمامية والخلفية المطلوبة عند البناء، أو قدّم بيته كثيراً إلى الشارع الرئيسي ولم يترك أمام البيت المساحة المطلوبة الخاصة للحديقة، كما بيّنت ذلك المادة الرابعة من نظام الأبنية والتنظيم في مدينة عمان لسنة[127] 2018، لأنّ هذا ما تعارف وتعاود عليه أهل المنطقة في بناء الديار، وبالتالي عدم تطبيق ما تعارف عليه الناس يؤدي إلى إلحاق الضرر إما بالفرد وإما بالجماعة ، يتمثل إلحاق الضرر بالفرد إذا أفسد الزرع جاره، أو بعدم التزامه بالارتدادات الجانبية والأمامية والخلفية المطلوبة عند البناء ، والنتيجة في ذلك إلحاق الضرر بالجار، ويتمثل إلحاق الضرر بالجماعة في عدم تطبيق النظام المتعارف عليه بين الناس. وهنا يأتي دور القاعدة، لأنّ الضرر لابد من إزالته، وسواء كان واقعاً أم متوقعاً، ويزال الضرر بضمان المتلَف [128]، جاء في المادة 256 من القانون الأردني المدني: "من أتلف مال غيره أو أفسده ضمن مثله"[129]، أو إذا ما طبّق نظام الأبنية دفع غرامات وفق جدول الغرامات الصادر عن نظام الأبنية وتنظيم المدن والقرى، ولذلك يبدو واضحاً أثر القاعدة على المعيار.

الفرع الربع: التطبيق الرابع: أثر القاعدة على المعيار الرابع للتعسف في حكم الدخان في الأماكن العامة.

أولاً: صورة المسألة: يقول الله تعالى: ﴿ وَخُلِقَ ٱلْإِنسَٰنُ ضَعِيفًا ﴾ [130]، وضعفه يتمثل في اتباعه للشهوات، والدخان نوع من أنواع الشهوات التي يتبعها الإنسان في العصور المتأخرة، إن القوانين الوضعية لا تمنع التدخين؛ بل تعتبر التدخين من الحرية، رغم ما تظافر من فتاوى الأطباء وعلماء المسلمين على حرمته [131]، وبالتالي إذا افترضنا أن للإنسان حق في الدخين حسب القوانين الوضعية، فعليه أن يراعي أحوال الناس وشعورهم، ولا يدخن في الأماكن العامة، وإذا أهمل ذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه، لأنه تصرف تصرفا غير المعتاد عند الناس.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار:

إنّ هذا المعيار يتكلم عن إلحاق الضرر بالناس من خلال تصرف الإنسان غير المعتاد، ألا وهو التدخين في الأماكن العامة، فهذه المصيبة وقع فيها كثير من الناس اليوم، أقصد أن الإنسان غير المدخن يضطر أن يصبر على من يدخن بجانبه سواء في الحافلة أو في أماكن تجمعات الناس الأخرى من المولات أو المحاكم أو حتى الصيدليات، ولا شك أن في ذلك خلافاً للفطرة السليمة، وبالتالي يكون خلافاً لما اعتاد عليه الناس، فالتدخين في مثل هذه الأماكن يكون غير متعارف عليه بين الناس، ولذلك إذا قام الإنسان بالتدخين في تلك الأماكن كان متعسفاً في استعمال حقه، لأن القوانين الوضعية تسمح له بالتدخين لكن هذا السماح ليس على اطلاقه، وإنما لابد من المراعاة ما اعتاد عليه المجتمع، وهو عدم التدخين في الأماكن العامة المغلقة، وهذا هو وجه التعسف، والإنسان يتضرر ليس بمجرد شم رائحة كريهة فحسب، وإنما قد يؤدي ذلك إلى الأمراض، قالت منظمة الصحة العالمية: "عندما يلوث الدخان الصادر عن التبغ الهواء، وخاصة في الأماكن المغلقة، فإنّ جميع الموجودين يستنشقونه، مما يعرض كلاً من المدخنين وغير المدخنين لأضراره. وهذا يسبب سرطان الرئة في غير المدخنين ويزيد من خطر الإصابة بأمراض القلب التاجية"[132].

لا شك أنّ الضرر الواقع على الناس غير المدخنين خطير، ودور القاعدة في ذلك أنها تمنع من وقوعه، ويكون ذلك بإنكار عليهم أو تذكيرهم بأنه لا يجوز الدخان أصلاً، وأنه مضار، كما يكون بتعليق اللوحات والرموز والشاخصات التي تمنع التدخين في تلك الأماكن، وذلك بمراقبة دائرة من دوائر الحكمية، وإذا خالفوا يُفرض عليهم الغرامات. وبالتالي يكون واضحاً أثر القاعدة أنها تمنع الضرر أياً كان وجهه لأنه لا ضرر ولا ضرار.

ومن الجدير بالذكر أنّ في الحالات التي يتصرف الإنسان فيها تصرفاً معتاداً فإنّ صاحب الحق لا يضمن، لكن إذا تحوّل التصرف المعتاد إلى غير المعتاد ضمن، ويقول الزحيلي:" أن المقياس في ذلك هو العرف الذي يحدد كون التصرف معتاداً أو غير معتادٍ، وعليه تطبق الأحكام"[133].

- إذا أوقد فرنه الذي يستخدمه بين الفينة والفينة للخبز فتأذى الجيران بدخانه [134].

إن المحاكم لا تقبل من الناس شكواهم هذه المسائل، لأنه من المعلوم ألا يطبخ الخبز إلا في أحياء السكنية لضرورة الناس إليه، ولأنه من الأساسيات عند الناس، ولذلك جرى العرف أن الفرن يكون في الأحياء السكنية.

- استعمال الزمّور أو أداة التسجيل لتبليغ الناس أنه يبيع الغاز والخضروات [135].

إن استعمال الزمور ولو كان مزعجاً في بعض الأحيان لكنه ضروري، وذلك أن كثيرا من الناس ليسوا قادرين إلى الذهاب إلى السوق وبالتالي ينتظرون صوت الزمور ليشتروا أغراضهم.

المطلب الخامس: أثر قاعدة "الضرر يزال" على المعيار الخامس وتطبيقاته: "أن يستعمل إنسان حقه لكن من طبيعة استخدام هذا الحق أنه يثبت إضرارعند عدم الاحتراس".

الفرع الأول: التطبيق الأول: أثر القاعدة على المعيار الخامس للتعسف في حكم من أراد الصيد وقتل إنساناً.

أولاً: صورة المسألة: أباح الشرع صيد البر والبحر للإنسان، وله أن يصاد ما يشاء وفق شروط الإقليم الذي هو فيه، لكن قد يقع الضرر على الناس وراء تصرفه الصحيح بسبب عدم احتراسه عند الفعل، ويدخل تحته كل ما يمكن تصوره من تقصير فيدخل تحته الإهمال، وعدم الاحتياط، وعدم التبصر، والرعونة، والتفريط، وعدم الانتباه، وغير ذلك مما اختلف لفظه ولم يخرج معناه عن عدم التحرز [136]، من هذه المسائل مسألة أن يرمي صيدا أو هدفا، فيصيب إنسانا فيقتله [137].

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

تبرزمسألة أن يرمي الصيدَ أو هدفاً، فيصيب إنساناً فيقتله، من أنّ الإنسان له حق في صيد البحر والبَر، ولكن لابد له أن يتثبت ويحترس، فإن لم يحترس عند اطلاق النار فأدّى ذلك إلى ضرر الغير وهو المعروف بالخطأ في القصد والفعل[138] وبالتالي إذا أضرَّ أحداً ضَمَنَ، ولذلك نجد أن قاعدة "الضرر يزال" كما تُجبر على إزالة الضرر بعد وقوعه، وكذلك هي تمنع الضرر قبل وقوعه، وكيفية ذلك هو التثبت والاحتراس، كوضع لافتات على أرضه بعدم الدخول إذا أراد

إطلاق النار، وبعد وقوعه بضمان المتضرر، وبالتالي لهذه القاعدة أثر قوي إذ تُجبر الإنسان بإزالة الضرر الواقع، كما هي تجبره على أن يأخذ بالاحتراس الزائد كي لا يقوع الضرر المتوقع. وبذلك يبدو أثراً واضحاً للقاعدة وتكون محوراً رئيسياً وجوهرياً في التحري عن الحكم في مثل هذه الحالات.

الفرع الثاني: التطبيق الثاني: أثر القاعدة على المعيار الخامس للتعسف في حكم من صدمت سيارته أثناء قيادته (139).

أولاً: صورة المسألة: أباح الشرع قيادة المركبات للإنسان، وله أن يقود ما يشاء وفق قواعد السير، لكن قد يقع الضرر على الناس بسبب تصرفه غير الصحيح وذلك لعدم احتراسه وتنبهه أثناء القيادة، ومن هذه المسائل مسألة صدم السيارة إنساناً فقتلته لأن سائقها لم يحترس أثناء قيادتها.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى البحث أنه إذا نظرنا على المثال، وهو حادث السير بسبب عدم الاحتراس، نجد أنّ الإنسان له حق في قيادة السيارة، ولكن لابد له أن يتثبت ويحترس، فإن لم يحترس عند قيادة السيار فأدّى ذلك، فأدّى ذلك إلى ضرر الغير، وهو كالتطبيق الأول معروف بالخطأ في القصد والفعل مع إمكانية الاتخاذ الزائد في الاحتراس والتثبت والتنبيه، وبالتالي إذا ألحق الضرر بغيره ضَمَنَ، بغض النظر من حجم الضرر. نحن ما نتكلم في هذه المسألة من ناحية الحادث الذي سببه تجاوز قانون السير، لأنّ السائق هناك متجاوز في حقه، وإنما نتكلم في الحادث الذي وقع بسبب عدم الاحتراس ولم يتجاوز السائق في حقه، وفي ذلك وجه التعسف. ولذلك يزال الضرر قبل وقوع الحادث، بالتثبت والاحتراس والتنبيه الزائد، بالمنع مثلا من استخدام الجوال أثناء قيادة السيارة، وبعد وقوعه بضمان المتضرر كما جاء في الآية: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴿٩٢﴾ ﴾ (140)، وجاء في المادة 274 من قانون الأردني المدني: "كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو إيذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر"(141).

ولذلك نرى لهذه القاعدة أثراً واضحاً في مثل هذه الحالات، وتكون عمدةً أساسيةً في التحري عن الحكم.

الفرع الثالث: التطبيق الثالث: أثر القاعدة على المعيار الخامس للتعسف في حكم المعلم إذا أدّب تلميذه بضرب فأدّى إلى جراحة أو موت [142].

أولاً: صورة المسألة: للمعلم أن يؤدب تلاميذه، لكن هذا التأديب ليس على إطلاقه، وإنما بالاحتراس وعدم التفريط، ولذلك قد يقع الضرر أثناء التأديب، ويتعسف من استعمال حقه في ذلك.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار.

يرى الباحث أنّ هذه الأمثال تشبه بعضها بعضاً، ولذلك الحكم وأثر القاعدة فيها يكون موحّداً، لكن أوردنا هذه الأمثلة لتوضيح أكثر، وهذا المثال وهو أن يؤدِّب المعلم تلميذه ؛ لك هل له الحق في أن يؤدي ذلك إلى جراحة أو موت، نجد في هذه المسألة أن المعلم له حق في تأديب تلميذه، ولكن كما قلنا ليس على إطلاقه ولابد أن ينتبه أن التأديب يكون بضرب رمزي ليس مبرحا ولا ضارا، فالأصل عدم الضرب، لأنّ التلميذ ليس ابناً له ولا عبداً، ولذلك سمّي ذلك التصرف تأديباً، وبالتالي حتى في التأديب لابد له أن يحترس وينتبه، وإلاّ فيؤدّى ذلك إلى ضرر بالغير وهو المعروف بالخطأ في القصد والفعل مع إمكانية الاتخاذ الزائد في الاحتراس والتثبت والتنبيه، كما تكلمنا في المسألة السابقة، وبالتالي إذا أضرَّ تلميذاً ضَمَنَ، ولذلك نجد أن قاعدة "الضرر يزال" هي تمنع الضرر قبل وقوعه، وكيفية ذلك هو الاحتراس والتنبيه الزائد، وبعد وقوعه بضمان الجهة المتضررة وفق ما جاءت به نصوص الشريعة[143] وبموجب القانون المدني الأردني[144]، ولذلك يبدو واضحاً دور القاعدة وأثرها على هذا المعيار، إذ تمنع وقوع الضرر الواقع والمتوقع.

الفرع الرابع: التطبيق الرابع: أثر القاعدة على المعيار الخامس للتعسف في حكم عدم الحرص في توصيل البضاعة، مما يؤدي إلى هلاكها.

أولاً: صورة المسألة: يحرص التجار كل الحرص على بضاعتهم، أن يكون منظرها وشكلها بصورة طيبة ومطلوبة، كي يبيعها بسهولة وبسعر جيد، ولا يَقِل حِرصُهم، بل يزداد لمّا تُنقل البضاعة من مكان إلى آخر، ولهم الحق في ذلك، لكن قد يقع الضرر المتمثل في تلف البضاعة على زبائن الشركة، وقد تكون تصرفات أصحاب الشركة صحيحة، لكن يحدث التلف بسبب عدم الاحتراس والتنبيه، أو التفريط أثناء التوصيل.

ثانياً: أثر القاعدة على المعيار:

إن هذا المثال، وهو هلاك البضاعة بسبب عدم الاحتراس، يدخل تحته كل ما يمكن تصوره من تقصير فيدخل تحته الإهمال، وعدم الاحتياط، وعدم التبصر، والرعونة، والتفريط، وعدم الانتباه، وغير ذلك مما اختلف لفظه ولم يخرج معناه عن عدم التحرز [145]. إن للشركات حق في التجارة، وبالتالي لهم حق في نقل البضاعة من مدينة إلى أخرى أو من دولة إلى أخرى، ولكن لابد لهم من التثبت والاحتراس وعدم التفريط في هذا الأمر كي لا تتضرر الجهة المستقبلة للبضاعة، ولكنهم لم يحترسوا ولم يتثبتوا ولم ينتبهوا، وهذا هو التعسف، أي أن لهم حق في إرسال البضاعة، لكنهم لم يحترسوا في استخدامه، بل أوقعوا بتفريطهم المشتري في الضرر، وهو معروف بالخطأ في القصد والفعل [146] مع إمكانية الاتخاذ الزائد في الاحتراس والتثبت والتنبيه. فمثلاً إذا كانت البضاعة تحتاج إلى درجة الحرارة عالية فلم ينتبهوا وجعلوها متدنية أو العكس، أو ثَبَّتوا البضاعة للنقل ولم يتأكدوا من التثبيت، والنتيجة أن أدّى ذلك إلى الضرر وهو تلف البضاعة. وطالما نحن في موضوع أثر قاعدة الضرر يزال لابد لنا أن نلقي النظر من زاويتها على المعيار. كما نعلم أنّ القاعدة تبحث في الأحكام اعتماداً على وجود الضرر أو عدمه، ويرى الباحث أن هذا الإهمال أو عدم الاحتياط، وعدم التبصر، والتفريط، وعدم الانتباه، كل ذلك يكون سبباً في وقوع الضرر على المشتري، لأنه لا يُتصور الإهمال والتفريط والجدية والاحتراز في آن واحد. والضرر لابد من إزالته، وإزالته تكون إما بإرجاع البضاعة إلى أصحابها، وإما بالتعويض للجهة المتضررة [147-148]. وبالتالي يمكننا أن نقول: أن هذا التطبيق يوضح لنا الدور ووظيفة القاعدة وأثرها على المعيار، أنها تمنع وقوع الضرر وإذا وقع فتُجبر على إزالته، والله أعلم.

لابد لنا أن نذكر الحالتين اللتين لا تطبق القاعدة عليهما إذا وقع الضرر، وهما:

الأولى: إذا كان استعمال الحق لا يمكن فيه الاحتراس أو التثبت عادةً، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس، لا يكون ضامناً [149]، وبالتالي لا تطبق القاعدة في هذه الحالة.

ووجه بيان أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في التحمل فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل [150].

الثانية: إذا اتخذ الشخص الاحتياطات، ومع ذلك وقع الضرر، كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه، ووضع لافتات على أرضه بعدم الدخول، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحداً دخل أرضه [151]، وبالتالي لا تطبق القاعدة في هذه الحالة، وبالتالي لا يضمن.

يرى الباحث أنه من الجدير بالذكر أن نقول؛ اختلف الفقهاء المعاصرون في هذا المعيار، فمنهم من يقول إنه لا يدخل في المعايير كالدريني[152] والرفاعي [153]، ومنهم من يعتبره معياراً كأبوسنة [154] والزحيلي[155] وعلي الصوا [156]، ولذلك هذا الاختلاف يرجع إلى عقلية العالم أو إلى سعة اطلاعه، كما قالت في ذلك الرفاعي في بحثها التعسف [157]، لكن الباحث يرى أن ذكر هذا المعيار أفضل لبيان وتوضيح أكثر في موضوع أثر قاعدة الضرر يزال على المعايير التعسف.

الحاصل: يرى الباحث أنّ قاعدة "الضرر يزال" قاعدة عظيمة وهي من القواعد الفقهية الكلية الكبرى، لها تطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي، وهي أساس لمنع الفعل الضار عن النفس والغير، وهي توجب رفع الضرر قبل وقوعه بمنعه لأنّ الوقاية خير من العلاج، وبعد وقوعه، لأنه إذا وقع وجبت إزالته فوراً، وهذه القاعدة لها دور وأثر كبير في الفقه الإسلامي عامةً وفي معايير التعسف خاصةً، وعلى الحكم فيها كما رأينا، بل على كل مسألة فيها ضرر الواقع أو المتوقع، ولذلك اعتبر الفقهاء هذه القاعدة من القواعد المهمة التي يُبنى عليها الإسلام، وتكون عمدةً وأساساً في التحري عن الحكم. والله أعلم.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

خاتمة:

في نهاية هذا البحث أذكر أهم النتائج التي توصلتُ إليها:

الأولى: أنّ هذه القاعدة العظيمة تبرز أهميتها في أنّها تدخل في كثير من أبواب الفقه بمنع الضرر الواقع أو المتوقع، لأن أصلها لا ضرر ولا ضرار.

الثانية: توصلت الدراسة إلى أنه إذا استعمل إنسان حقه لا يقصد بذلك إلا الإضرار بغيره وليس له مصلحة فيه، يُمنع له من إيقاع الضرر، لأنّ إيقاعه لا يجوز بحال، ولأن قصده من استخدام حقه وقوع الضرر المحض.

الثالثة: أنه إذا استعمل إنسان حقه المشروع بقصد تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشرع، يُمنع له من هذا التصرف، لأنّه من الحيل المحرمة، وبالتالي يقع الإنسان في الضرر الدنيوي وأخروي، والضرر لابد أن يُزال، فبينت الدراسة طريقة إزالته.

الرابعة: أنّه إذا استعمل إنسان حقه ويترتب عليه ضرر عام بالجماعة أو خاص بالأفراد لكن بشرط ألا يتعسف في حقه فيترتب عليه ضرر عام بالجماعة أو خاص بالأفراد، يُمنع من استخدام حقه لأن يؤدي إلى إلحاق الضرر بالناس، ولو كانت المصلحة لصاحب الحق فيها.

الخامسة: أنه إذا استعمل إنسان حقه استعمالاً غير متعارف عليه بين الناس وأدّى ذلك إلى الأضرار، يُمنع من استخدام حقه في ذلك، لأنّ استخدامه لحقه استخدام غير معتاد بين الناس، وبالتالي وقع الضرر، وبيَّنَت الدراسة كيفية إزالته.

السادسة: أنّه إذا استعمل إنسان حقه، لكنه لم يحترس في استعماله، ولم يأخذ بالاحتياط، ووقع الضرر بالغير، يُمنع من استخدام حقه، وإذا وقع فبموجب القاعدة لابد من إزالته فوراً.

السابعة: أن القاعدة لها أثر قوي في جميع التطبيقات الفقهية، كما لها أثر في كل معايير التعسف، حيث بَيّنَتْ الدراسة الحد الفاصل والضابط فيما هو تعسف وما لا يعد تعسفاً.

الثامنة: بيَّنَت الدراسة أهمية القاعدة ودورها، وذلك من خلال تناول حكمها على كل مسألة في البحث، وبالتالي على جزاء التصرف فيها.

التاسعة: أنّ القاعدة تفيد وجوب إزالة الضرر الواقع والمتوقع، وبَيَّنَت الدراسة طرق إزالته.

التوصيات:

من خلال ما سبق يوصي الباحث بجملة من التوصيات:

1-حث طلبة العلم على دراسة النظريات الفقهية، وربطها بالقواعد والضوابط الفقهية.

2-تعميق الوعي لدى طلبة العلم الشرعي بمنهج تأصيل هذه النظريات وتنزيها على المستجدات المعاصرة.

3- تناول موضوع أثر بقية القواعد الكبرى على نظرية التعسف، وكذلك أوصي طلبة العلم أن يعمقوا نظرهم في موضوع "إزالة الضرر" في المجالات الفقهية الأخرى.

المصادر:

1 أحمد، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الذهلي الشيباني، (241 هـ)، المسند، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 2001.

2 الألباني، محمد ناصر الدين، (1420 هـ)، أرواء الغليل، في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش [1434 هـ]، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، 1975.

3 ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (449 هـ)، شرح صحيح البخاري لابن بطال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، النشر: مكتبة الرشد، السعودية، الرياض، الطبعة الثانية، 2003.

4 البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (458 هـ)، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003.

5 البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (1052 هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق وتخريج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2008.

6 البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه الجعفي، (256 هـ)، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، بيروت، الطبعة الأولى، 2002.

7 البزار، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار (292 هـ)، مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، المحقق: محفوظ الرحمن زين الله (جـ 1 - 9)، عادل بن سعد (جـ 10 - 17)، صبري عبد الخالق الشافعي (جـ 18)، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، بدأت 1988، وانتهت 2009.

8 ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي، مجمع فتاوى، (728 هـ)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، 2004.

9 - الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1987.

10 الجاسر، سليمان بن جاسر بن عبد الكريم، لمحات مهمة في الوصية، مدار الوطن للنشر، الرياض المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 2013.

11 الحموي، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحنفي (1098 هـ)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر المؤلف، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1975.

12 الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي (1088 هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، حققه وضبطه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002.

13 ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، (456 هـ)، المُحلَّى بالآثار، المحقق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ نشر.

14 خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري، (776 هـ)، مختصر العلامة خليل المحقق: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.

15 أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (275 هـ)، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009.

16 الدريني، فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988.

17 الذهبي، تنسب لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (748 هـ)، الكبائر، دار الندوة الجديدة، بيروت.

18 الرفاعي، جميلة، بحث التعسف في استعمال الحق، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، العدد الثالث، 2005.

19 الرازي، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، أبو الحسين، (395 هـ)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979.

20 الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي، (666 هـ)، مختار الصحاح المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، الطبعة الخامسة، 1999.

21 الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها)، (2015)، دار الفكر، سوريَّة، دمشق، الطبعة الرَّابعة.

22 الزرقا، مصطفى أحمد، (1420 هـ)، المدخل الفقهي العام، طبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2004.

23 الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد (1358 هـ)، شرح القواعد الفقهية، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية، 1989.

24 الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد (762 هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة الريان، بيروت، الطبعة الأولى، 1997.

25 أبو سنة، أحمد فتحي، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، دار التأليف، 1967.

26 السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (911 هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1983.

27 الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (790 هـ)، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1997.

28 شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، 2007.

29 الصوا علي، محاضرة في كلية الشريعة الجامعة الأردنية بتاريخ 11.04. 2022.

30 الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير (310 هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار التربية والتراث، مكة المكرمة.

31 الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني (360 هـ)، مسند الشاميين، المحقق: حمدي بن عبد المجيد السلفي [1433 هـ]، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1974.

32 ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري القرطبي، (463 هـ)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387 هـ

33 ابن العثيمين، محمد صالح، (1421 هـ)، شرح الأربعين النووية، دار الثريا، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2003.

34 ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (660 هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1991.

35 عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت.

36 العيد، تقي الدين أبو الفتح محمد بن علي بن وهب بن مطيع القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، (702 هـ)، شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، مؤسسة الريان، الطبعة السادسة، 2003.

37 قلعجي، محمد رواس حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1988.

38 ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (620 ه)، المغني، على مختصر: أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي (334 ه)، تحقيق: طه الزينين، ومحمود عبد الوهاب فايد، وعبد القادر عطا (1403 ه)، ومحمود غانم غيث، مكتبة القاهرة.

39 ابن قيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين الجوزية (751 ه)، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

40- إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1991.

41 - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مكتبة دار البيان، بدون طبعة، وبدون تاريخ.

42 القانون الأردني المدني، رقم 43 لسنة 1976.

43 القانون الأردني الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019.

44 القرطبي، أبو عبد الله محمد أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، (671 ه)، تحقيق: أحمد البردويني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1964.

45 ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (774 ه)، تفسير القرآن العظيم، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.

46 الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الحنفي الملقب بملك العلماء، (587 ه)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية بمصر، الطبعة الأولى، 1911.

47 ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعى الإفريقى، (711 ه)، لسان العرب، الحواشي: اليازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1993.

48 الماوردي، محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (450 ه)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.

49 موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي تعريفه، أنواعه علاقاته ضوابطه، جزاؤه، دار ابن عفّان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1997.

50 المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين (593 ه)، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

51 المناوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي القاهري (1031ه)، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، 1937.

52 الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، عليه تعليقات: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937.

53 ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (273 ه)، سنن ابن ماجه، د. ط، دار إحياء الكتب العلمية، د. ت.

54 مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن وَرْدٍ بن كوشاذ القشيري الكعبي النيسابوري، (261 ه)، صحيح مسلم، دار طوق النجاة، بيروت، الطبعة الأولى، 2012.

55 ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (970 ه)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.

56 نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة: الثانية، 1972.

57 النووي، محي الدين، صحيح مسلم بشرح الإمام محي الدين النووي، (676 ه)، دار المعرفة، بيروت، 2010.

58 النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد (710 ه)، كنز الدقائق، المحقق: أ. د. سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، 2011.

59 نظام الأبنية وتنظيم المدن والقرى الأردني، لسنة 2021.

60 الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (974 ه)، الفتح المبين بشرح الأربعين، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى، 2008.

.

الهوامش:

1 الزرقا، المدخل فقهي العام، ص 965.

2 الرازي، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني أبو الحسين (395 ه)، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979.ج 3، ص 360، قلعجي، محمد رواس حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1988، ص281.

3 ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعى الإفريقى، (711 ه)، لسان العرب، الحواشي: اليازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1993، ج 4، ص 484.

4 الرازي، زيد الدين، مختار الصحاح، ص 183.

5 الحموي، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحنفي (1098 ه)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر المؤلف، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1975، ج 1، ص 274.

6 موافي، أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي تعريفه، أنواعه علاقاته ضوابطه، جزاؤه، دار ابن عفّان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1997، ج 1، ص 97.

7 الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (974 ه)، الفتح المبين بشرح الأربعين، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى، 2008، ص 516.

8 الرازي، ابن فارس، مقاييس اللغة، ج 3، ص 38.

9 المناوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي القاهري (1031ه)، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، 1937، ج 6 ص 431.

10 البقرة، الآية 231.

11 البقرة، الآية 231.

12 ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي البصري ثم الدمشقي (774 ه)، تفسير القرآن العظيم، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998، ج 1، ص 475.

13 الطلاق، الآية 6.

14 ابن كثير، تفسير ابن كثير، ج 8، ص 175.

15 أخرجه أحمد، أحمد بن حنبل (ت: 241ه)، **المسند**، مؤسسة الرسالة، 1421ه، الطبعة الأولى، مسند أهل البيت رضوان الله عليهم، مسند عبد الله بن عباس، حديث رقم 2865، ج5 ص 55. أخرجه ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: 273ه)، **سنن ابن ماجه**، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم 2340، ج2، ص 784، د. ط، دار إحياء الكتب العلمية، د. ت. أخرجه البيهقي، **السنن الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424ه، كتاب إحياء الموات، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم، حديث رقم 11878، ج 6، ص 258. وحديث ابن عباس: رواه ابن ماجه أيضًا أخبرنا محمد بن يحيى عن عبد الرزاق عن معمر عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعًا، قال: لا ضرر ولا ضرار، انتهى. وكذلك رواه عبد الرزاق في مصنفه، وعنه أحمد في مسنده ورواه الطبراني في معجمه، وله طريق آخر: رواه ابن أبي شيبة حدثنا معاوية بن عمرو ثنا زائدة عن سماك عن عكرمة. انظر الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد (ت: 762ه)، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، تحقيق: محمد عوامة، الطبعة الأولى، 1997م، مؤسسة الريان، بيروت، ج4، ص 384، **(حديث صحيح)**، الألباني، محمد ناصر الدين، **أرواء الغليل**، في تخريج أحاديث منار السبيل، ج8، 272، وجاء في فيض القدير للمناوي ج 6 ص 431، قول العلائي: للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به.

16 ابن العثيمين، محمد صالح، (1421 ه)، شرح الأربعين النووية، دار الثريا، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2003، ص 327.

17 الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج 1، ص 274.

18 المصدر السابق.

19 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، دار طوق النجاة، بيروت ،1433ه، الطبعة الأولى، كتاب الأدب، البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم، حديث (6517)، ج 8، ص 16.

20 المصدر السابق، الهامش.

21 لقمان، الآية 13.

22 السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن (911 ه)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1983، ص 84.

23 ابن فارس، مقاييس اللغة، ج 5 ص 444.

24 شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، 2007، ص 25.

25 ابن فارس، مقاييس اللغة، ج 4 ص 311.

26 نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الطبعة الثانية، 1972، ج 2، ص 600.

27 ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعى الإفريقى، (711 ه)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1993، ج 9، ص 246.

28 الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988، ص 87.

29 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 48.

30 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 46.

31 الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (790 هـ)، الموافقات، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، 1997، ج 3، ص 507.

32 الرفاعي، التعسف في استعمال الحق، ص 235.

33 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 49.

34 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 82.

35 ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ص 623.

36 الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق، ص 238.

37 أبو سنة، أحمد فتحي، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، دار التأليف، 1967، ص 105.

38 الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها)، (2015)، دار الفكر، سوريَّة، دمشق، الطبعة الرَّابعة، ج 4، ص 2866.

39 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 105.

40 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 106.

41 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 3453.

42 الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق، ص 239.

43 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 115.

44 البيهقي، السنن، باب لا ضرر ولا ضرار، ج 6، ص 115، سبق تخريجه في ص 10.

45 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 116.

46 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 123.

47 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 2870.

48 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 124.

49 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 2871.

50 البقرة، الآية 231.

51 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 102 – 105.

52 الطبري، أبو جعفر، محمد بن جرير (310 هـ)، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار التربية والتراث، مكة المكرمة، ج 5، ص 8.

53 الطبري، جامع البيان، ج 5، ص 8.

54 البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (1052 هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق وتخريج وتوثيق: لجنة متخصصة في وزارة العدل، 1968، ج 10 ص 197. الكساني، بدائع الصنائع، ج 7 ص 330.

55 النسفي، أبو البركات عبد الله بن أحمد (710 هـ)، كنز الدقائق، المحقق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، الطبعة الأولى، 2011، ص 668.

56 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب وصية بالثلث، حديث (4185)، ج 11، ص 80.

57 أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب قي الوصية لوارث، حديث (2870)، ج 4، ص 492، وأخرجه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، حديث رقم 2713 ، ج2 ص 509 ، والحديث حسن، وهذا اسناد حسن من أجل ابن عياش – وهو إسماعيل – وهو حسن الحديث ابن المقن ، سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري (ت 804هـ) ، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير ، دار الهجرة ، الرياض ، الطبعة الأولى ، 1425هـ ، ج7 ص 264

58 النساء، الآية 12.

59 القرطبي، أبو عبد الله محمد أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، (671 ه)، تحقيق: أحمد البردويني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1964، ج 5 ص 80.

60 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب وصية بالثلث، حديث (4185)، ج 11، ص 80.

61 ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي (728 ه)، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1987، ج 6 ص 55. الماوردي، الحاوي الكبير، ج 8 ص 187.

62 قانون الأردني الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019، مادة 274.

63 قانون الأردني الأحوال الشخصية رقم 15 لسنة 2019، مادة 274.

64 ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 6 ص 55.

65 ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 6 ص 55.

66 النساء، الآية 12، 13، 14.

67 الذهبي، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبي (748 ه)، الكبائر، دار الندوة الجديدة، بيروت، ص 234.

68 الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3 ص 224، قال: "والحاصل أن مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالبا."

69 ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 3 ص 322.

70 البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت، ج 7، 593، حديث 15124، قال الألباني في ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج 7، ص 159، اسناده متصل، صحيح، باب ميراث المطلقة.

71 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 170 - 174.

72 الكاساني، بدائع الصنائع، ج 3 ص 100.

73 الماوردي، محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، (450 ه)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999، ج 10 ص 263.

74 لم يجد الباحث أن أحدًا من أهل العلم قال بعدم نفاذ طلاق المريضة.

75 الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج 10 ص 263.

76 البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4 ص 482. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج 3 ص 321.

77 المصدر السابق.

78 البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 10 ص 496.

79 ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (620 ه)، المغني، على مختصر: أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي (334 ه)، مكتبة القاهرة، ج 4، ص 133.

80 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، ص 3454.

81 أخرجه أبو داود، السنن، كتاب البيوع، باب في النهي عن العينة، ج 5، ص 332، حديث 3462، أخرجه البزار في مسنده ج 12 ص 205، حديث 5887، والطبراني في مسند الشاميين ج 3 ص 328، حديث 2417. الحكم على الحديث: حسن لغيره، أنظر تعليقات شعيب الأرناؤوط، سنن أبي داوود، ج 5، ص 332.

82 ابن قدامة، المغني، ج 4، ص 133.

83 بيع العينة: من باع سلعة بنسيئة، ثم يريد أن يشتريها بأقل مما باعها به من نفس الشخص، اختلف الفقهاء في جواز بيع العينة بهذه الصورة على الأقوال؛ قال الماوردي صاحب الحاوي الشافعي بجوازه، قال الإمام الشافعي بجواز الصورة المذكورة كأنه نظر إلى

ظاهر العقد، وتوافر الركنية، فلم يعتبر النية، ج 5 ص 287. وقال خليل بن إسحاق الجندي صاحب مختصر خليل المالكي؛ العينة على ثلاثة أوجه: جائزة ومكروهة، أما هذه الصورة المذكورة فمحظورة، ص 151. وقال ابن حزم في المحلى بالآثار؛ العينة حرام، ج 8 ص 41. وقال الكاساني صاحب بدائع الصنائع؛ لا يجوز، ج 5 ص 198. وقال ابن قدامة صاحب المغني؛ لا يجوز، ج 4 ص 132. الجمهور الفقهاء على منعه لأنه ذريعة إلى الربا.

84 ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 180.

85 ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ج7 ص 481. الماوردي، الحاوي الكبير، ج9 ص 842. ابن قدامة، الشرح الكبير، ج20 ص 405

86 أخرجه أبو داود، السنن، كتاب النكاح، باب في التحليل، ج 3، ص 420، حديث 2076، صحيح لغيره، له شاهد من حديث عبد الله بن مسعود عند أحمد في مسنده، حديث 4283، اسناده صحيح، أنظر الحكم على الحديث في تعليقات للشيخ شعيب الأرناؤوط، سنن أبي داود، ج3، ص420.

87 البقرة، الآية 230.

88 الماوردي، الحاوي الكبير، ج 10 ص 287.

89 ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني، مجمع فتاوى، (728 هـ)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية، 2004، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، فصل الشروط الفاسدة في النكاح، ج 32، ص 157: الشروط الفاسدة في النكاح كثيرة: كنكاح الشغار، والمحلِّل، والمتعة، كزواج بدون المهر، أو أن يكون المهر محرماً، ونحو ذلك من الشروط الفاسدة.

90 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 9، ص 7002.

91 ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين الجوزية (751 هـ)، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ج 4، ص 36.

92 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره، حديث رقم 1433، ج4 ص 154

93 النووي، شرح الصحيح للنووي، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، حديث (3404)، ج 9، ص 187.

94 ابن تيمية، الفتاوى، ج 6 ص 195.

95 المصدر السابق.

96 النساء، الآية 34.

97 القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5 ص 168 - 174.

98 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم 1218، ج4، ص 38.

99 النووي، شرح صحيح مسلم، ج8 ص 184.

100 الجمعة، الآية 10.

101 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب كراهة المسألة للناس، حديث رقم 1042، ج3 ص 96.

102 الصوا، محاضرة في كلية الشريعة الجامعة الأردنية بتاريخ 11.04. 2022.

103 ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 3 ص 108.

104 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الايمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا، حديث رقم 43، ج1، ص99.

105 ابن قدامة، المغني، ج 4، ص 167.

106 أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، حديث رقم 1605، ج5، ص 56، يقول الإمام النووي في شرح الحديث: قال أهل اللغة: الخاطئ هو العاصي الآثم، وهذا حديث صريح في تحريم الاحتكار، النووي، شرح النووي على مسلم، ج 11ص 43.

107 ابن قدامة، المغني، ج 4، ص 167.

108 المصدر السابق.

109 المصدر السابق.

110 سبق تخريجه، ص 28 من هذا البحث.

111 ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 75.

112 الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي (1088 ه)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، حققه وضبطه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى،2002، ص 662.

113 الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، (683 ه)، الاختيار لتعليل المختار، علق عليه تعليقات: محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937، ج 4 ص 161.

114 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 116.

115 أخرج البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، بيروت، الطبعة الأولى، 1422ه، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، حديث رقم 2162، ج3 ص 72.

116 العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (660 ه)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة مضبوطة منقحة، 1991، ج 1، ص 98.

117 ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 220.

118 أخرج البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، حديث رقم 2162، ج3 ص 72.

119 ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ج6 ص 285.

120 سبق تخريجه.

121 ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 220.

122 البيهقي، السنن، باب لا ضرر ولا ضرار، ج 6، ص 115، سبق تخريجه في ص 10 من هذا البحث.

123 نظام الأبنية والتنظيم في مدينة عمان لسنة 2018، المادة 64 ص 1214.

124 الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد (1358 ه)، شرح القواعد الفقهية، صححه وقدم له وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، تنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 1989، ص 431.

125 ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1991، ج 3، ص 247.

126 القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المادة 693.

127 نظام الأبنية وتنظيم المدن والقرى لعام 2018، المادة 4.

128 ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3، ص 247.

129 القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المادة 275.

130 النساء، الآية 28.

131 دائرة الإفتاء العام، الأردني https://www.aliftaa.jo/article/203/

132 منظمة الصحة العالمية، إقليم شرق المتوسط، https://www.emro.who.int/ar/tfi/quit-now/index.html

133 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 2870 - 2871.

134 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 123.

135 الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق، ص 242.

136 عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، ج 2 ص 111.

137 ابن قدامة، المغني، ج11 ص 464.

138 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 124.

139 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 125.

140 النساء، الآية 92.

141 القانون الأردني المدني، رقم 43 لسنة 1976، المادة 274.

142 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 124.

143 النساء، الآية 92.

144 القانون الأردني المدني، رقم 43 لسنة 1976، المادة 274.

145 عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، ج 2 ص 111.

146 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 124.

147 ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3، ص 247.

148 القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المادة 275.

149 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 2872.

150 المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني، أبو الحسن برهان الدين (593 ه)، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج 3، ص 243.

151 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 2872.

152 الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ص 321.

153 الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق، ص 242.

154 أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ص 124.

155 الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 2871.

156 الصوا، علي، محاضرة في كلية الشريعة الجامعة الأردنية بتاريخ 11.04. 2022.

157 الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق، ص 242.