© rasailojaraid.com

مسألة تعارض الضررين في الفقه الإسلامي المقارن

الدكتور عبد الجبار سرارة

تقديم

الحمد لله ربِّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء سيّدنا ونبيّنا محمّدٍ وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين.

وبعد: فإنّ دراسة القواعد والمسائل الفقهيّة المهمّة دراسة مقارنة لها أهمّيّة كبيرة في الكشف عن مدى التقارب والاتّفاق بين الفقهاء. ومن هنا تأتي أهمّيّة دراسة قاعدة «لا ضرر» والجوانب التطبيقيّة لها.

ويقتضي التنويه أوّلاً: بأنّ الدراسة العلميّة الموضوعيّة المقارنة في هذا المجال لا تقتصر ثمارها على بيان وتأكيد حقيقة أنّ الفقهاء المسلمين يتّفقون أكثر ممّا يختلفون، وخاصّةً في القواعد والمباني والمدارك، وأنّ أكثر الخلاف بينهم يؤول بنائيّاً عرضيّاً، لا مبنائيّاً جوهريّاً، وإنّما تكشف هذه الدراسات في عين الوقت عن حيوية الفقه الإسلاميّ وأصالته.

إنّ هدفنا في هذا البحث هو: دراسة جانبٍ تطبيقيٍّ مهمٍّ من نظريّة نفي الضرر، أي: قاعدة لا ضرر، وهو من أُمّهات المسائل في هذا الإطار، ألا وهو: حالات

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

التعارض بين ضررين. وسنتّبع منهجاً يخدم هدف التقريب إن شاء الله.

إنّ البحث سيتوزّع على أربعة مطالب، نتناول في المطلب الأوّل: حالة التعارض بين ضررين بالنسبة الى الشخص نفسه، ونعرض في المطلب الثاني: حالة تعارض الضرر فيما يتعلّق بشخصٍ آخر، ونتناول في المطلب الثالث: حالة تعارض الضررين بين شخصين. ونتكلم أخيراً على حالة التعارض بين ضررين بتدخّل عنصرٍ ثالث. وسنقدّم بين يدي هذه المطالب تمهيداً مختصراً نعرض فيه ما اخترناه من تعريفٍ للضرر، وما يترجّح من معنى «لا ضررَ» ليتّضح الأساس النظريّ للتطبيقات الفقهيّة.

على أنّه سيكون المنهج في كلّ ذلك إيراداً لآراء الفقهاء بصيغة اتّجاهاتٍ فقهيّةٍ، وهو الأوفق لمحاولات التقريب، والأكثر ثمرةً في هذا الميدان. وستكون الكتب المعتبرة عند كلّ فريقٍ من الفقهاء مرجعاً ومصدراً، وسيُعزى القول الى قائله بالرجوع الى مصنّفاته، أو الى من يحكيه عنه من فقهاء المذهب نفسه.

الضرر في اللغة والإصطلاح

الضرر في اللغة هو: النقصان يدخل على الشيء[1]، وهو ضدّ النفع[2] والضرّة؛ الأذاة، والاسم: الضرر. ويظهر من أقوالهم عموماً أنّ الضرر يطلق على النقصان وعلى الأذى مطلقاً[3].

وقد أورد الفقهاء تعريفاتٍ كثيرة:

فعرّفه البجنورديّ من الإماميّة بأنّه: (النقص في المال، أو العرض، أو النفس، أو في شأنٍ من شؤونه بعد وجوده)[4]. ويلاحظ عليه: أنّه أضيق من التعريف اللغويّ.

---

(١) العين للفراهيدي ٧: ٦.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٤: ٤٨٤.

(٣) راجع النهاية لابن الأثير ٢: ١٦.

(٤) القواعد الفقهيّة ١: ١٧٨ ـ ١٧٩.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

وعرّفه ابن حجرٍ من الشافعيّة بأنّه: (إلحاق مفسدةٍ بالغير مطلقاً)[1]، واستحسنه الشيخ الزرقا[2]، وتابعه نجله الدكتور الزرقا[3]، وفيه قصور.

وذكر الطرابلسيّ الحنفيّ أنّ الضرر في الحديث «لا ضررَ ولا ضِرار»: ما قصد به الإنسان منفعته، وكان فيه ضرر علىٰ غيره، وأنّ الضِرار: ما قصد به الإضرار بغيره[4].

وقد نقل ابن رجب الحنبليّ[5] هذا التعريف، وحكىٰ ترجيح ابن عبد البرّ وابن الصلاح له، كما نقله الباجيّ المالكيّ[6]، ويلاحظ عليه: عدم شموليّته، والأوفق: أنّه الأذىٰ الّذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو أيّ شأنٍ محترم.

وعرّفه القانونيّون بأنّه: (إخلال بحقٍّ أو بمصلحةٍ..)[7].

أمّا قاعدة «لا ضررَ» أو كما يُصطلح عليها قاعدة «نفي الضرر» الّتي أصلها الحديث الشريف «لا ضررَ ولا ضرارَ في الإسلام..»[8] فقد استظهر الفقهاء معانٍ وحاولوا تحقيق مفهوم نفي الضرر.

فذهب فريقٌ الىٰ أنّ المراد به: النهي عن الضرر، كما حققّه شيخ الشريعة الإصفهانيّ من الإماميّة[9] وكان قد ذهب اليه ابن نجيم الحنفيّ[10]، والباجيّ من

---

(١) فتح المبين لشرح الأربعين: ٢٣٧.

(٢) شرح القواعد الفقهيّة للشيخ أحمد الزرقا: ١٣.

(٣) المدخل الفقهيّ العامّ ٢: ٩٧٧.

(٤) معين الحكّام: ٢١٢.

(٥) جامع العلوم والحكم: ٢٨٨.

(٦) المنتقىٰ في شرح الموطّأ ٦: ٤٠.

(٧) الوسيط شرح القانون المدنيّ للدكتور السنهوريّ ١: ٩٧١.

(٨) راجع تحقيق الحديث في «قاعدة لا ضررَ» لشيخ الشريعة الإصفهانيّ، ونصب الراية في أحاديث الهداية للزيلعيّ: ج٤.

(٩) المصدر السابق.

(١٠) الأشباه والنظائر: ٨٥.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

المالكيّة[1]، والسيوطيّ من الشافعيّة[2]، وصرّح به ابن الأثير في النهاية[3].

وذهب آخرون الىٰ أنّ المراد: إخبار الشارع بعدم جعله الحكم الضرريّ في شرعه ودينه، تكليفيّاً كان أو وضعيّاً. واليه ذهب الشيخ الأنصاريّ[4]، وكان قد اتّجه اليه ابن حجر الشافعيّ[5].

وذهب فريق الىٰ أنّ المنفيّ: الضرر غير المتدارك[6]، ولازمه: أنّ كلّ ضررٍ إنّما هو متدارك: إمّا بالضمان أو بالخيار، وهو ما ذهب إليه بعض الإماميّة والكاسانيّ من الحنفيّة[7].

والأظهر أنّه لا دليل علىٰ الانحصار في معنىً واحدٍ، بل يمكن القول: إنّ النفي واقع علىٰ الضرر في عالم التشريع (وهو جامع كلّيّ يختلف معناه في كلّ موردٍ من الموارد بحسب خصوصيّاته. ففي بعض الموارد يفيد نفي الذات، وفي بعضها يفيد نفي الأثر، وفي بعضها المؤاخذة)[8].

واحتجّ له: (بأنّ النفي إنّما تعلّق بنفس الضرر، لا بوصفه، ولا بشيءٍ آخر، ومعنىٰ نفيه ـ حينئذٍ ـ علىٰ ما استظهره محوه من صفحة الوجود تشريعاً لا تكويناً.

وعليه: فمقتضاه في العبادات رؤية الشارع العبادة المستلزمة للضرر لا عبادة، ومقتضاه في المعاملات رؤية لزوم المعاملة الضرريّة لا لزوم فيها، والتصرّف الضرريّ يُعدُّ تصرّفاً بغير حقّ)[9].

---

(١) المنتقىٰ في شرح الموطّأ ٦: ٤٠.
(٢) الأشباه والنظائر: ١٥٠.
(٣) النهاية في غريب الحديث ٢: ١٦.
(٤) رسائل الشيخ الأنصاريّ.
(٥) فتح المبين:٢٣٧.
(٦) حقائق الأُصول للإمام الحكيم ٢: ٣٧٧.
(٧) بدائع الصنائع ٧: ١٦٥.
(٨) غالية الدرر لأبي الفضل النبويّ القمّيّ: ٢٤.
(٩) راجع: غالية الدرر للنبويّ القمّيّ: ٢٣.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

وعلى أيّة حالٍ فيمكن أن يكون مفاد قاعدة «لا ضرر» اختصاراً هو: (أنّ كلّ ضررٍ ينشأ عن إحداث أمرٍ غير مشروعٍ يكون منفيّاً، ويتمثّل النفي بالدفع قبل الوقوع بالحيلولة والمنع، والرفع بعد الوقوع بالإزالة والضمان).

وهذا ما يساعد عليه عموم «لا ضرر» ومجموع أقوال الفقهاء[1] في المسألة بعد تقرير أنْ لا دليل على الانحصار في معنىً. بعد هذا التمهيد نتحوّل الى المطالب الّتي تقرّر بحثها في مسألة تعارض الضررين.

المطلب الأول

حالة التعارض بين ضررين بالنسبة الى الشخص نفسه

ذهب الفقهاء في مثل هذه الموارد الى: أنّ الشخص عليه ارتكاب ما ضرره أقلّ، إذ تقرّر عندهم: أنّ قواعد الشرع تنصّ على أنّه إذا تعارضت مفسدتان رُوعيَ أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفّهما[2]. أمّا في حالة التساوي فيتخيّر[3]. وهذا اتّجاه عامّ عند الفقهاء:

وقد صرّح الخراسانيّ[4] من فقهاء الإماميّة بذلك، وتابعه كثيرون[5] بأنّه (يجب

---

(١) راجع: أ ـ تهذيب الأُصول للشيخ جعفر السبحانيّ، تقريرات بحث الإمام الراحل الخمينيّ قدّس سرّه. ٢: ٤٦٥.

ب ـ والقواعد الفقهية للبجنورديّ ١: ١٧٩.

جـ ـ والمدخل الفقهيّ العامّ للدكتور مصطفى الزرقا ٢: ٩٧٧، مع ما نقلناه من كلماتهم في المقام.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة للإمام الخوئي رحمه الله ٢: ٢٦٣، والأشباه والنظائر للسيوطيّ: ٨٧، وتحرير المجلّة للشيخ محمّد حسين آل كاشف الغطاء ١: ٢٧.

(٣) الأشباه والنظائر الإشارة السابقة.

(٤) طريق الوصول الى تحقيق كفاية الأُصول للخراسانيّ للشيخ محمّد الحويزيّ الكرميّ ٤: ٦٤. وعناية الأُصول للفيروزآبادي ٤: ٣٢٣.

(٥) حقائق الأُصول للإمام محسن الحكيم ٢: ٣٦٦، ومصباح الفقاهة للإمام الخوئي الإشارة السابقة.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

اختيار الضرر الأقلّ أو على حدّ تعبيره: فلا مسرحَ إلاّ لاختيار أقلّهما، وإلاّ فهو مختار).

وذكر العزّ بن عبد السلام من فقهاء الشافعيّة : (أنّ الشرع يحصل الأصلح بتفويت المصلحة، كما يدرأ الأفسد بارتكاب المفسدة).[1]

ونقل السيوطيّ[2] عنه الإمام الشافعيّ القول بالتخيير في حالة التساوي، وهذا ما ذكره ابن نجيم الحنفيّ[3] أيضاً. واليه ذهب الحنابلة[4].

وها هنا تفريع:

التداوي والعلاج بالمحرّم

قد تقتضي حالة التعارض في صورة الاضطرار العلاج بالمحرّم كما لو لزم استقطاع جزءٍ من الميّت أو الحيّ للعلاج[5]، أو اضطرّ الى شرب الخمر لنفس الغرض. وهنا اتّجاهان في الفقه:

اتّجاه يذهب الى المنع وعدم جواز العلاج بالمحرّم، وهو ما ذهب اليه فريقٌ من فقهاء الإماميّة[6] والمالكيّة[7] والشافعيّة[8]، واستدلّوا:

١ ـ بقوله ـ صلّى الله عليه وآله وسلّم ـ: «لم يجعل الله شفاء أُمّتي فيما حرّم عليها»[9].

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٨٩.

(٢) الأشباه والنظائر: ٨٥.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٨٩، والهداية للمرغينانيّ الحنفيّ ٣: ٢٧٧.

(٤) أعلام الموقّعين لابن قيّم الجوزيّة ٣: ١.

(٥) راجع بحثاً قيّماً في مستند تحرير الوسيلة للشيخ أحمد المطهّريّ ط١ سنة (١٤٠٢ هـ).

(٦) فقه الإمام الصادق لمغنية ٤: ١٩٠.

(٧) بداية المجتهد لابن رشد ١: ٤٧٦.

(٨) الميزان الكبرى للشعراني ٢: ٥٨.

(٩) سنن أبي داود ٤: ٦ برقم ٣٨٧٤.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

٢ ـ ما جاء عن الإمام الصادق ـ عليه السّلام ـ: «أنّ الله ـ عزّ وجلّ ـ لم يجعل في شيءٍ ممّا حرّم دواءً ولا شفاءً»[١].

واتّجاه آخر ذهب الىٰ الجواز،وهو ما ذهب اليه فريقٌ من الإماميّة[٢]، وجماعة من الحنفية[٣]، ومن الشافعية[٤]، وابن حزم الظاهريّ[٥]. واستدلّوا:

١ ـ بعموم قوله تعالىٰ: ﴿وقد فَصَّل لكم ما حَرَّمَ عليكم إلّا ما اضْطُرِرْتُم إليه﴾[٦].

٢ ـ بإباحة النبيّ ـ صلّى الله عليه وآله وسلّم ـ لعبد الرحمان بن عوف بلبس الحرير للعلاج، وهو محرّم علىٰ الذكور[٧].

كما استدلّ بعضهم: بأنّ الضرورة بمثابة العلّة، فمتىٰ وجدت وجدت الرخصة[٨]. ويبدو أنّه في حالة انحصار العلاج به، وعدم وجود مندوحةٍ لا يخلو القول بالجواز من قوّة[٩].

المطلب الثاني

التعارض بين ضررين بالنسبة إلى شخص آخر

لخّص الأمر في مثل هذا المورد بقولهم: (إذا دار الأمر بين حكمين ضررين

---

(١) وسائل الشيعة للحرّ العاملىّ ١٧: ٢٧٥.

(٢) القواعد والفوائد للشهيد الأوّل ١: ١٢٦.

(٣) أحكام القرآن للجصّاص الحنفىّ ١: ١٢٦.

(٤) الميزان الكبرىٰ ٢: ٥٨.

(٥) المحلّىٰ ٧: ٤٢٦.

(٦) الأنعام: ١١٩.

(٧) اللؤلؤ والمرجان فيما اتّفق عليه الشيخان، عن أنس ٣: ٣٢.

(٨) أحكام القرآن ١: ١٢٦.

(٩) راجع ما نقله الشيخ مغنية عن الشيخ الطوسىّ ٤: ١٩٠.

از پدرش چه خیری دیدی.....☆..... که از پسرش ببینی؟
© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

بالنسبة الىٰ شخصين فإنّه يترجّح الأقلّ ضرراً. وعُلّل ذلك: بأنّ مقتضىٰ نفي الضرر عن العباد في مقام الامتنان عدم الرضا بحكم ضرره أكثر من الحكم الآخر؛ لأنّ العباد كلّهم متساوون في نظر الشارع، بل هم بمنزلة عبدٍ واحدٍ...)[1].

ومن صور ذلك: لو أكرهه علىٰ الإضرار بمالِ زيدٍ أو بعرضه أو بعرض آخرٍ مطلقاً فلا مناص أنّه يختارالإضرار بالمال؛ لكون العرض أهمّ في نظر الشارع.

وقد استند بعض الفقهاء الىٰ رواية سمرة[2] في قوله ـ صلّى الله عليه وآله وسلّم ـ: «إنّك رجلٌ مضارّ،ولا ضررَ ولا ضرار في الإسلام». إذ أمَر النبيّ ـ عليه الصلاة والسّلام ـ بإخراج نخلة سمرة ورميها خارجاً مراعاةً لضرر الأنصاريّ؛ لأنّ الضرر هنا يتّصل بالعرض[3].

وكذلك لو أكرهه علىٰ الإضرار بزيدٍ أو عمروٍ فينظر الضرر الأكبر أو الأشدّ[4] بحسب حالِ كلٍّ. ومع التساوي يتخيّر كما مرّ.

وفي صورة لو اضطرّ سائق سيارةٍ الىٰ أن يدهسَ شخصاً أو يصعد الرصيف ـ مثلاً ـ فيتلف مالاً أو متاعاً فلا مناص ـ حينئذٍ ـ من ارتكاب الإضرار بالمال تفادياً للدهس؛ لأنّ ضرر النفس أكبر وأشدّ. وكذلك له أن يهدم دار أحد الأشخاص إذا توقّف بهدمها سريان الحريق الىٰ المحلّة؛ لأنّ الضرر الخاصّ يتحمّل لدفع الضرر العامّ[5]. واشترط الحنفية في هذه الحالة إذنَ وليّ الأمر، وإلّا فهو ضامن[6]. ولعلّ الأولىٰ هنا الضمان علىٰ الدولة إن كان بإذن وليّ الأمر، وإلّا فعلىٰ سكّان المحلّة.

---

(١) راجع: قاعدتان فقهيتان للشيخ جعفر السبحانيّ: ٩٤، والموافقات للشاطبيّ ٢: ٣٤٨.

(٢) سنن أبي داود ٤: ٦ برقم ٣٨٧٤.

(٣) راجع: الرسائل للشيخ الأنصاريّ: ٢٩٥، والطرق الحكميّة لابن قيّم الجوزيّة: ٢٦٤.

(٤) راجع: تحرير المجلّة لكاشف الغطاء ١: ٢٧.

(٥) راجع: القواعد والفوائد للشهيد الأوّل ١: ١٤٤، والموافقات للشاطبيّ ٢: ٣٥٠، والأشباه والنظائر للسيوطيّ: ٨٥.

(٦) راجع: ردّ المحتار لابن عابدين ٥: ١٤.

ترجو الوليد وقد اعياک والده .....☆..... وما رجاوک بعد الوالد الولدا

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

فأمّا استحقاق صاحب الدار المهدومة الضمان والتعويض: فلأنّه إذا كان من الجائز دفع الضرر العامّ بتحمّل الضرر الخاصّ، إلّا أنّه مشروط بأن لا يلحق بالخاصّ ضرر لا ينجبر كما نبّه الى ذلك الشاطبيّ[1]. وأيضاً: فلأنّ الاضطرار لا ينافي الضمان[2]، ولا يبطل حقّ الغير.

وأمّا لزوم الضمان على أهل المحلّة: فلأنّهم الجهة المستفيدة من هدم الدار، إذ لولا الهدم لما توقّف سريان الحريق. وقاعدة الغرم بالغنم[3] تأبى أن يستفيد أحدٌ على حساب تضرّر آخر، فيلزم الضمان من هذا الوجه.

وكذلك من الجائز إلقاء الأمتعة والأموال بالغةً ما بلغت من السفينة إذا توقّف على ذلك تخليص الركّاب. ذهب الى ذلك فقهاء الحنابلة[4] والمالكيّة[5]. وقاعدة دفع الضرر الأكبر والأشدّ فالأقلّ والأخفّ تقتضي ذلك[6].

المطلب الثالث

حالة التعارض بين ضررين بالنسبة إلى شخصين بفعل احدهما

وهي حالة لو تصرّف أحد الشخصين وترتّب على تصرّفه ضرر، وعلى تركه ضرر، وهنا صورتان:

الصورة الأولى: لو كان في تصرّفه ضررٌ على الغير، وفي تركه التصرّف ضرر عليه، فهنا اتّجاهان:

---

(١) الموافقات ٢: ٣٥٤.

(٢) راجع مصباح الفقاهة للامام الخوئي ٢: ٢٦٧، قال: (ليس هناك ملازمة بين الجواز الشرعيّ وعدم الضمان).

(٣) المدخل الفقهيّ العامّ للزرقا ١: ٦٩٠.

(٤) راجع: القواعد الفقهيّة لابن رجب الحنبليّ: ٣٧.

(٥) راجع: أسهل المدارك للكشناويّ المالكيّ ٣: ٦٩.

(٦) راجع ما نقلناه من كلمات الفقهاء في تقرير هذه القاعدة.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

الأوّل: ذهب اليه أكثر الحنفيّة[1]، وهو المشهور عند الشافعيّة[2] والإماميّة[3]، واختاره ابن حزم الظاهريّ[4]، وهو: عدم منع المالك من التصرّف في ملكه وإن ترتّب عليه ضرر بالغير. واستدلّوا بقولهم: (إنّ منع المالك من التصرّف في ملكه مراعاة لنفع غيره لا وجه له في الشريعة، بل هو أبلغ الضرر علىٰ ما ذهب اليه ابن حزم)[5].

الثاني: وذهب اليه المالكيّة والحنابلة[6] وجماعة من الإماميّة[7]، وهو منع المالك في صورة تضرّر الجار أو الغير. وقد استدلّ الذاهبون الىٰ الجواز بأُمور:

الأوّل: بقاعدة «الناس مسلّطون علىٰ أموالهم»[8].

الثاني: إنّ الجواز الشرعيّ ينافي الضمان، ومقتضاه: أنّ الفعل إذا كان جائزاً شرعاً لا يترتّب علىٰ من قام به ضمان بسبب ما ينشأ عن هذا الفعل، إذ تسويغ الشارع للفعل يقتضي رفع المسؤوليّة عنه، وإلّا لما كان جائزاً[9].

الثالث: إنّ نفي الضرر امتنانيّة، ولا امتنان في تحمّل الضرر لدفعه عن الآخرين وإن كان أكثر[10].

أمّا الاتّجاه الآخر -أي: الرأي القائل بمنع المالك من التصرّف في حالة ترتّب ضرر علىٰ الغير- فقد استدلّوا عليه بأُمور:

الأوّل: إنّ الحقوق ليست مطلقةً في الشرع، وإنّما هي مقيّدة بعدم إساءة

---

(١) بدائع الصنائع ٦: ٢٦٤، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢: ٢٠٧.

(٢) الاُمّ للإمام الشافعيّ ٣: ٢٢٢.

(٣) فرائد الأُصول للشيخ الأنصاريّ ٢: ٥٣٨، ونقل دعوىٰ الوفاق عليه عن الشيخ والحلبيّ وابن زهرة.

(٤) المحلّىٰ ٨: ٢٤١.

(٥) المصدر السابق.

(٦) جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٢٩٠.

(٧) فرائد الأُصول، الإشارة السابقة في هامش (٣).

(٨) المصدر السابق.

(٩) قاعدة الجواز الشرعيّ تنافي الضمان وقد أُشير اليها سابقاً.

(١٠) مصباح الفقاهة للإمام الخوئيّ ٢: ٥٦٤.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

استعمالها. وهذا ما جرت عليه الشريعة في موارد كثيرة، كما في المضارّة في الوصيّة[1]، والمضارّة في المعاشرة الزوجيّة[2] وغيرها. وهذا ما أدركه ابن حزم ـ وهو من أشدّ المتحمّسين للرأي الأوّل ولمبدأ الحقّ المطلق في التصرّف بالملك ـ إذ قال: (لا يجوز لأحدٍ أن يدخّن على جاره لأنّه أذىً، وقد حُرّم أذى المسلم...)[3].

وإذن، أفلا يكون حفر البئر ـ مثلاً ـ قد يُؤدّي الى هدم جدار دار الغير وهو نوع أذىً كما لا يخفى؟!

الثاني: إنّ قاعدة السلطنة: ـ أي: سلطنة المالك في التصرّف بملكه ـ كما هو مفاد قاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم»، فهي محكومة[4] بلا ضررٍ أي: أنّ كلّ ما يصدر من فعلٍ أو نحوه من التصرّفات فإنّ قاعدة «لا ضرر» ناظرة اليه، ومقيّدة له بصورة عدم الضرر كما هو مقتضى لسان الحكومة[5].

أمّا ما احتجّ به ابن حزم الظاهريّ فلا يتّضح له وجه، إذ لم يقل أحدٌ بمنع المالك من التصرّف في ملكه مراعاةً لنفع غيره، وإنّما ذهبوا الى المنع فيما لو أضرّ بالغير، وهو ما يقتضيه نفي الضرر. ثم إنّ من يبني فُرناً أو يُنشئ مدبغةً في داره يضرّ بالجار وبالدار ضرراً بالغاً[6].

وبالجملة:فيمكن القول: إنّه في مثل هذه الموارد والحالات يلزم أن يلحظ الضرر الأكثر والأكبر عندما يتعارض ضرر المالك في عدم التصرّف، وضرر الغير عند تصرّفه؛ لأنّ الشرع ينظر الى الجميع بمثابة واحدٍ[7]، أو كنفسٍ واحدةٍ[8]، على أنّه يمكن أن

---

(١) النساء: ١٢ قوله تعالى: ﴿من بعد وصيّةٍ يوصي بها أو دينٍ غير مضارّ﴾.

(٢) البقرة: ٢٣١ قوله تعالى: ﴿ولا تُمسكوهنّ ضِراراً لتعتدوا...﴾.

(٣) المحلّى ٨: ٢٤١. (٤) راجع قاعدتان للسبحانيّ: ٩٧.

(٥) فرائد الأصول للشيخ الأنصاريّ ٢: ٥٣٩.

(٦) كشف المغطّى للطاهر بن عاشور: ٣٠٨.

(٧) الرسائل للشيخ الأنصاريّ.

(٨) الجامع لأحكام القرآن للقرطبيّ ١٦: ٣٢٧، وراجع الموافقات للشاطبيّ ٢: ٣٥٤.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

يوكّل الأمر الىٰ العرف في تحديد حجم الضرر وطبيعته.

الصورة الثانية : أن يكون تصرّفه في ملكه يلحق ضرراً بالغير، وفي تركه التصرّف فوت نفع له. وهنا اتّجاهات:

١ ـ اتّجاه ذهب اليه متأخّروا الحنفيّة[١]، وجماعة من الشافعيّة[٢]، وهو المذهب عند الحنابلة[٣]، والمشهور عند الإماميّة[٤].

وهو: منع المالك من التصرّف إذا استلزم إلحاق ضرر بالغير: كالجار مثلاً. واستند أكثرهم الىٰ عموم حديث «لا ضرر».

٢ ـ اتّجاه ذهب اليه ابن حزم الظاهريّ[٥]وهو: عدم المنع في مثل هذه الصورة كالسابق أيضاً مستنداً الىٰ نفس الدليل.

٣ ـ اتّجاه بالتفصيل: فذكر ابن رجب الحنبليّ: أنّه إن كان له في تصرّفه غرض صحيح مثل: أن يتصرّف في ملكه بما فيه مصلحة له فيتعدّىٰ ذلك الىٰ ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه فيتضرّر الممنوع. ففي مثل هذه الحالة ينظر: إن كان تصرّفه علىٰ غير الوجه المعتاد فأضرّ بالغير يضمن. وإن كان علىٰ الوجه المعتاد ففيه قولان مشهوران:

أحدهما: لا يمنع، والثاني: المنع، وهو قول أحمد بن حنبل[٦]. وهذا الرأي يوافق ما عليه الإمام مالك[٧] في بعض الصور. وأكثر الحنفية[٨] علىٰ المنع مع الضرر

---

(١) فتح القدير ٦: ٤١٥، وراجع: الهداية، للمرغينانيّ ٤: ١٠٦.

(٢) الفتاوىٰ الكبرىٰ، لابن حجر ٣: ١٦٧.

(٣) جامع العلوم والحكم، لابن رجب الحنبليّ: ٢٩٠.

(٤) الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقية، للشهيد الثاني ٧: ٣٣.

(٥) المحلّىٰ ٨: ٢٤١.

(٦) جامع العلوم والحكم، الإشارة السابقة.

(٧) تبصرة الحكام، للطرابلسيّ ٢: ٣٠٥.

(٨) بدائع الصنائع ٦: ٢٦٤.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

الفاحش.

وذهب أكثر الشافعيّة[1] الىٰ عدم المنع في مثل هذه الحالة بشرط أن يحتاط ويحكم الجدران بما لا يتأذّىٰ من المدبغة والاصطبل والطاحونة ضررٌ بيّن.

وذهب جمهور الإماميّة[2] الىٰ عدم المنع لو كان تصرّفه علىٰ الوجه المعتاد، وإلّا فيمنع، ويضمن ما تسبّب من ضررٍ للغير.

استدلّ الشافعيّة[3] بأنّ في منعه إضراراً به، والضرر لا يُزال بالضرر، وهو ليس متين؛ لأنّ الافتراض في المسألة هو: فوت النفع علىٰ المالك، ولا يعدُّ ضرراً، بل فيه تردّد[4].

وأمّا ما احتجّ به الشيخ الأنصاريّ[5] بأنه ـ حينئذٍ ـ يكون من قبيل الحرج عليه، ولذا لا يمنع لحاكميّة «لا حرج» علىٰ «لا ضرر»، فقد نوقش في رأيه.

إنّ منع المالك من التصرّف في ملكه بما فيه منفعة لا يُعدُّ حرجاً مطلقاً؛ لأن الحرج المنفيّ إنّما هو بمعنىٰ: المشقّة الّتي لا تتحمّل عادةً، وهو مفقود في المقام.

وأمّا حاكميّة «لا حرج» علىٰ «لا ضرر»: فلا وجه له؛ لأنّ كلّ واحدٍ منهما ناظرٌ الىٰ الأدلّة الدالّة علىٰ الأحكام الأوّليّة، ويقيّدها بغير موارد الحرج والضرر، فهما في مرتبةٍ واحدةٍ[6]، فلا مورد للحاكميّة هنا. وأيضاً: فإنّ فوت النفع لو عُدَّ ضرراً تجوّزاً فهو لا يزاحم الضرر البيّن، وليس في قوّته. ولمّا كان الميزان في الترجيح: ارتكاب أخفّ الضررين فيكون منع المالك من التصرّف بما لَهُ منفعةٌ فيه أخفّ من تصرّفه مع لحوق ضررٍ بالغير، علىٰ أنّه قد تقرّر في قواعد الشرع أن درء المفاسد أولىٰ من جلب

(١) نهاية المحتاج، للرمليّ ٥: ٣٣٣.

(٢) الروضة البهيّة في شرح اللمعة ٧: ٢٣٣.

(٣) نهاية المحتاج، الإشارة السابقة.

(٤) راجع تحرير المجلة، لكاشف الغطاء: ٢٨.

(٥) الفرائد، للشيخ الأنصاري، الطبعة الحجريّة: ٢٩٨.

(٦) راجع: مصباح الفقاهة، للإمام الخوئيّ (قدّس سرّه) ٢: ٢٦٥.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

المصالح[1]. فيترجّح المنع.

ولعل الأنسب أن يقال: إنّه لو أمكن للمالك أن يتّخذ الاحتياطات الضروريّة في تصرّفه في ملكه بما هو نفع له ربّما يكون ضرر الغير ـ حينئذٍ ـ من الضآلة بمكانٍ في قبالة نفع المالك، فلا وجه ـ حينئذٍ ـ للمنع. وأمرُ هذا يُوكل الى العرف وأهل الخبرة: فإن تسامحوا فيه بحيث يُعدّ كلّا ضرر، وإلّا فلا. وهذا يقتضيه كمال الامتنان في نفي الضرر،والله أعلم.

المطلب الرابع

حالة تعارض ضررين بين شخصين بتدخل عنصر آخر

وفي هذه الحالة أورد أكثر الفقهاء مثالاً هو: فيما إذا ابتلعت دجاجة أحدهم لؤلؤةً لآخر، أو أدخلت دابّةٌ رأسها في إناءٍ لآخر ولم يمكن تخليص أحدهما إلّا بإتلاف الآخر فهنا صورتان :

الأولى: صورة وقوع الضررين بتفريطٍ من مالك أحد المالين، أو من كليهما.

والثانية: وقوع الضررين بدون تفريطٍ أو تدخّلٍ من أحدٍ، كأن يكون قضاءً وقدراً كما لو التقطت الدجاجة لؤلؤة آخر سقطت منه.

ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها في المقام هي: ما لو دخلت سيارة بسبب حدوث عطلٍ مفاجيءٍ بنايةً لآخر، ومثله: ما لو ابتلع حيوان مستنداً ماليّاً لآخر، أو قطعةً ذهبيّةً، أو نحو ذلك.

وعلى أيّة حال: ففي جميع الصور المذكورة يلزم مراعاة ما ضرره أعظم بارتكاب الأخفّ والأقلّ لتخليص ما هو الأهمّ، أو ما قيمته أكبر مع التعريض، أي: الضمان عن الأضرار التي تنشأ عن ذلك إن حصل الأمر بتفريطٍ من أحد[2].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطيّ: ٨٧.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطيّ ٨٧/٨٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم: ٨٨.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

وأمّا اذا كان الضرران بفعل أحد المالكين أو بتفريط أحدهما: فقد ذهب الشافعيّة[1] والحنفيّة[2] والحنابلة[3] والإماميّة[4] الى إلزام من استند اليه الضرر تخليص مال الآخر وتسليمه اليه؛ لأنّه مع وجود عين ماله لا يُصار الى البدل من المثل أو القيمة إلّا عند تعذّر الردّ، هذا مع مراعاة أعظمهما ضرراً.

فلو أدخلت دابّة ـ مثلاً ـ رأسها في قدرٍ ولم يخرج إلّا بكسر القدر كسرت لتخليصها، ولا تذبح ولو كانت مأكولة اللحم. ثم إن كانت بصحبة مالكها فعليه الإرش لتفريطه. وإن لم يكن معها: فإن كان صاحب القدر متعدّياً بأن وضعها بموضعٍ لا يحقّ له فيه أو كان له حقّ فيه لكنّه كان قادراً على دفع البهيمة فلم يدفعها فلا إرش له بكسر القدر، وإن كان الأمر بتفريطهما معاً اشتركا في الغرامة[5].

وفي مثل هذه الحالة: لو كان السبب في دخول الدابّة أو سقوط الدينار في المحبرة شخص ثالث فيستقرّ عليه الضمان، وهو يتخيّر ـ حينئذٍ ـ بين إتلاف أيّ المالين لتخليص الآخر.

قال الشيخ السبحانيّ في هذه الصورة: إنّه ـ حينئذٍ ـ بطبعه لن يختار إلّا الأقلّ ضرراً[6]، لكن فقيه آخر ذهب الى أنّ المتعيّن في حقّه هو اختيار الأقلّ باعتبار لزوم التبذير المحرّم شرعاً إن لم يختر الأقلّ[7].

الأمثلة التي أوردها الفقهاء حالة دخول حيوانٍ لشخصٍ في دارٍ لآخر وتعذّر إخراجه إلّا بنقض الدار أو جانبٍ منها:

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطيّ: ٨٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٨٨، وتكملة شرح فتح القدير للبهوتي ٩: ٣٤٢.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢: ٤٠٤.

(٤) مصباح الفقاهة للإمام الخوئيّ ٢: ٥٦٣.

(٥) مغني المحتاج للشربينيّ ٢: ٢٩٥، وشرح منتهى الإرادات ٢: ٤٠٤.

(٦) قاعدتان للشيخ جعفر السبحانيّ.

(٧) قاعدة الضرر للشيخ الزنجانيّ: ١١٧.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

ذهب جماعة من الفقهاء الىٰ وجوب نقض البناء وإخراج الحيوان، وعلىٰ ربّ المال المخرج ضمان أي: إصلاح الجدار؛ لأنّه إنّما حقّ له ذلك لتخليص ماله إن لم يفرّط صاحب الدار، فإن فرّط فلا ضمان علىٰ ربّ المال؛ لأنّ المفرّط أولىٰ بحصول الضرر كما لو كان بتعدّيه[1].

ومثل ذلك: ما لو دخلت سيارة مسرعة بنايةً لآخر ـ داراً أو محلّاً ـ ولم يمكن إخراجها إلّا بنقض جانبٍ من البناء فإنّه يضمن ما تهدّم أو تلف من البناء أو الأشياء؛ لأنّه حقّ لتخليص سيارته. ولا يتصوّر تفريط صاحب الدار إلّا أن يكون قد أنشأ بناءه علىٰ الطريق العامّ، إذ يعدُّ ـ حينئذٍ ـ متعدّياً، فيضمن ما تسبّب في تلفه إن لم يكن صاحب السيارة مفرّطاً.

جاء في رسائل الشيخ الأنصاريّ من الإماميّة: (وكذلك حكمهم بضمان صاحب الدابّة إذا دخلت في دارٍ لا يخرج إلّا بهدمها، معلّلًا ذلك الضمان بأنّ هدم الدار لمصلحة صاحب الدابّة، فإنّ الغالب أنّ تدارك المهدوم أهون)[2].

ويتضح ـ كما ذكر الفقهاء ـ: أنّه في جميع الصور الّتي تقرّر اختيار الأقلّ ضرراً أو الأخفّ فإنّ ذلك لا يلغي حقّ الغير في الضمان؛ لأنّه مع أنّ الشارع أجاز وأباح ارتكاب أحد الضررين إلّا أنّه لا ملازمة بين الجواز الشرعيّ وعدم الضمان)[3]. كما أنّه في انضمام جبران الضرر الّذي أصاب الغير كمال الامتنان، وهو الذي تقتضيه نظريّة «نفي الضرر».

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٢: ٤٠٤.

(٢) الرسائل للشيخ الأنصاري، طبعة حجريّة: ٢٩٩.

(٣) مصباح الفقاهة للإمام الخوئيّ ٢: ٢٦٧، وراجع فوائح الرحموت لابن عبد الشكور ١:٢٩٥.

© rasailojaraid.com

© rasailojaraid.com

حواشی

۱۔مفردات امام راغب، بذیل مادہ

۲۔سورہ بقرہ:۳۸

۳۔سورہ انعام:۹

۴۔سورہ شوری:۱۳

۵۔مفردات امام راغب، بذیل مادہ

۶۔سورہ آل عمران:۹۵

۷۔سورہ یوسف:۳۷

۸۔سورہ انعام:۱۵۴

۹۔سورہ مائدہ:۴۴

۱۰۔سورہ بقرہ:۱

۱۱۔سورہ اعراف:۱۵۷

۱۲۔سورہ شوری:۱۳

۱۳۔قصص الانبیاء:۱:۸۳ازعبدالوحید مکہ ایڈیشن

۱۴۔سورہ ذاریات:۵۶

۱۵۔الجامع لاحکام القرآن:۱:۶۹ اللقرطبی

۱۶۔احکام القرآن:۳:۳۰للجصاص

۱۷۔الجامع لاحکام القرآن:۹:۸۷

۱۸۔سورہ بقرہ:۱۸۴

۱۹۔خازن لباب التنزیل فی معانی التنزیل، صدرالدین علی بن محمد، مکتبہ ازھر،۱:۱۰۹

۲۰۔انسائیکلوپیڈیا بریٹانیکا، بذیل مضمون روزہ(fasting)

۲۱۔بال جبریل، نظام ''فرمان خدا''، علامہ اقبال

۲۲۔الجامع لاحکام القرآن:۲:۴۰۴

۲۳۔البدایہ والنھایہ، ابن کثیر نفیس اکیڈمی، کراچی،۱:۱۸۰

۲۴۔سورہ مائدہ:۲۸

۲۵۔الجامع لاحکام القرآن:۶:۱۴۶

۲۶۔بنی اسرائیل:۳۲

۲۷۔الجامع لاحکام القرآن:۳:۲۰۰

۲۸۔سورہ مؤمنون:۵۱

۲۹۔الجامع لاحکام القرآن:۱:۲۶۴

۳۰۔بائیبل پیدائش،۱:۲۹

۳۱۔البدایہ والنھایہ،۱:۱۷۸، نفیس اکیڈمی، کراچی۔

۳۲۔الجامع لاحکام القرآن:۲:۱:۴۰۱

۳۳۔سورہ مائدہ ۲۹

۳۴۔فہرست لابن ندیم، محمد بن اسحاق، مکتبہ تجاریہ الکبیر مصر،۵۸

۳۵۔سورہ شوری:۱۳

۳۶۔تاریخ ابن خلدون، ابوزید ولی الدین عبدالرحمٰن، نفیس اکیڈمی ا:۱۳۷

۳۷۔بائیبل، پیدائش،۹:۶

۳۸۔البدایہ والنھاویہ، ابن کثیر نفیس اکیڈمی، کراچی،۱:۱۶۴

۳۹۔لسان العرب، ابن منظور، مکتبہ مصر، بذیل مادہ

بقیہ:- صفحہ ۵ پر

ترجو الولید وقد اعیاك والده .....○..... وما رجاوك بعد الوالد الولدا

© rasailojaraid.com