

مَسْأَلَةُ تَعَارُضِ الضَّرَرَيْنِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ الْمُقَارَنِ

الدكتور عبد الجبار شراة

تقديم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء سيدنا ونبيينا محمد وعلى آله الطاهرين وأصحابه المنتجبين.

وبعد: فإن دراسة القواعد والمسائل الفقهية المهمة دراسة مقارنة لها أهمية كبيرة في الكشف عن مبدئ التقارب والاتفاق بين الفقهاء. ومن هنا تأتي أهمية دراسة قاعدة «لا ضرر» والجوانب التطبيقية لها.

ويقتضي التنويه أولاً: بأن الدراسة العلمية الموضوعية المقارنة في هذا المجال لا تقتصر نهارها على بيان وتأكيد حقيقة أن الفقهاء المسلمين يتفقون أكثر مما يختلفون، وخاصة في القواعد والمباني والمدارك، وأن أكثر الخلاف بينهم يؤول بنائية عرضياً، لا مبنائياً جوهرياً، وإنما تكشف هذه الدراسات في عين الوقت عن حيوية الفقه الإسلامي وأصالته.

إن هدفنا في هذا البحث هو: دراسة جانب تطبيقي مهم من نظرية نفي الضرر، أي: قاعدة لا ضرر، وهو من أمهات المسائل في هذا الإطار، ألا وهو: حالات

التعارض بين ضررين. وستتبع منهاجاً يخدم هدف التقريب إن شاء الله.

إن البحث سيتوزع على أربعة مطالب، نتناول في المطلب الأول: حالة التعارض بين ضررين بالنسبة الى الشخص نفسه، ونعرض في المطلب الثاني: حالة تعارض الضرر فيما يتعلق بشخص آخر، ونتناول في المطلب الثالث: حالة تعارض الضررين بين شخصين. وتتكلم أخيراً على حالة التعارض بين ضررين بتدخل عنصر ثالث. وسنقدم بين يدي هذه المطالب تمهيداً مختصراً تعرض فيه ما اخترناه من تعريف للضرر، وما يترجح من معنى «لا ضرر» ليمتضح الأساس النظري للتطبيقات الفقهية.

على أنه سيكون المنهج في كل ذلك إيراداً لآراء الفقهاء بصيغة اتجاهات فقهية، وهو الأوفق لمحاولات التقريب، والأكثر ثمرّة في هذا الميدان. وستكون الكتب المعتمدة عند كل فريق من الفقهاء مرجعاً ومصدراً، وسيُعزى القول الى قائله بالرجوع الى مصنفاته، أو الى من يحكيه عنه من فقهاء المذهب نفسه.

الضرر في اللغة والإصطلاح

الضرر في اللغة هو: النقصان يدخل على الشيء^(١)، وهو ضدّ النفع^(٢) والضرّة؛ الأذى، والاسم: الضرر. ويظهر من أقوالهم عموماً أن الضرر يطلق على النقصان وعلى الأذى مطلقاً^(٣).

وقد أورد الفقهاء تعريفات كثيرة:

فعرّفه البجنوردي من الإمامية بأنه: (النقص في المال، أو العرض، أو النفس، أو في شأن من شؤونه بعد وجوده)^(٤). ويلاحظ عليه: أنه أضيق من التعريف اللغوي.

(١) العين للفراهيدي ٦٠٧.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٤: ٤٨٤.

(٣) راجع النهاية لابن الأثير ٢: ١٦.

(٤) القواعد الفقهية ١: ١٧٨ - ١٧٩.

وعرفه ابن حجر من الشافعية بأنه: (الحاق مفسدة بالغير مطلقاً)^(١)، واستحسنه الشيخ الزرقا^(٢)، وتابعه نجله الدكتور الزرقا^(٣)، وفيه قصور. وذكر الطرابلسي الحنفي أن الضرر في الحديث «لا ضرر ولا ضرار»: ما قصد به الإنسان منفعة، وكان فيه ضرر على غيره، وأن الضرر: ما قصد به الإضرار بغيره^(٤).

وقد نقل ابن رجب الحنبلي^(٥) هذا التعريف، وحكى ترجيح ابن عبد البر وابن الصلاح له، كما نقله الباجي المالكي^(٦)، ويلاحظ عليه: عدم شموليته، والأوفق: أنه الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو أي شأن محترم. وعرفه القانونيون بأنه: (إخلال بحق أو بمصلحة...) ^(٧).

أما قاعدة «لا ضرر» أو كما يُصطلح عليها قاعدة «نفي الضرر» التي أصلها الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام...»^(٨) فقد استظهر الفقهاء معانٍ وحاولوا تحقيق مفهوم نفي الضرر.

فذهب فريق إلى أن المراد به: النهي عن الضرر، كما حققه شيخ الشريعة الإصفهاني من الإمامية^(٩) وكان قد ذهب إليه ابن نجيم الحنفي^(١٠)، والباجي من

(١) فتح المين لشرح الأربعين: ٢٣٧.

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

(٣) المدخل الفقهي العام ٢: ٩٧٧.

(٤) معين الحكماء: ٢١٢.

(٥) جامع العلوم والحكم: ٢٨٨.

(٦) المنتقى في شرح الموطأ ٦: ٤٠.

(٧) الوسيط شرح القانون المدني للدكتور السنهوري ١: ٩٧١.

(٨) راجع تحقيق الحديث في «قاعدة لا ضرر» لشيخ الشريعة الإصفهاني، ونصب الرابة في أحاديث الهداية للزيلعي: ج ٤.

(٩) المصدر السابق.

(١٠) الأتية والنظار: ٨٥.

المالکیۃ^(۱)، والسیوطی من الشافعیۃ^(۲)، وصرح به ابن الأثیر فی النہایۃ^(۳)۔
 وذهب آخرون الى أن المراد: إخبار الشارع بعدم جعله الحكم الضري في
 شرعه ودينه، تكليفاً كان أو وضعياً. واليه ذهب الشيخ الأنصاري^(۴)، وكان قد اتجه
 اليه ابن حجر الشافعي^(۵)۔
 وذهب فريق الى أن المنفي: الضرر غير المتدارك^(۶)، ولازمه: أن كل ضرر إنما
 هو متدارك: إما بالضمان أو بالخيار، وهو ما ذهب إليه بعض الإمامية والكاساني من
 الحنفية^(۷)۔

والأظهر أنه لا دليل على الانحصار في معنى واحد، بل يمكن القول: إن النفي
 واقع على الضرر في عالم التشريع (وهو جامع كلي يختلف معناه في كل مورد من الموارد
 بحسب خصوصياته. ففي بعض الموارد يفيد نفي الذات، وفي بعضها يفيد نفي الأثر،
 وفي بعضها المواخذة)^(۸)۔

واحتج له: (بأن النفي إنما تعلق بنفس الضرر، لا بوصفه، ولا بشيء آخر،
 ومعنى فيه - حينئذٍ - على 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 الضرورية لا لزوم فيها، والتصرف الضري
 يُعد تصرفاً بغير حق)^(۹)۔

(۲) الأشياء والنظائر: ۱۵۰۔

(۱) المنتقى في شرح الموطأ: ۶، ۴۰۔

(۳) النہایۃ فی غریب الحدیث ۲: ۱۶۔

(۴) رسائل الشيخ الأنصاري.

(۵) فتح المبين: ۲۳۷۔

(۶) حقائق الأصول للإمام الحكيم ۲: ۳۷۷۔

(۷) بدائع الصنائع ۷: ۱۶۵۔

(۸) غالية الدرر لأبي الفضل النبوي القمي: ۴۔

(۹) راجع: غالية الدرر للنبوي القمي: ۲۳۔

وعلى أية حال فيمكن أن يكون مفاد قاعدة «لا ضرر» اختصاراً هو: (أن كل ضرر ينشأ عن إحداث أمر غير مشروع يكون منفيًا، ويتمثل النفي بالدفع قبل الوقوع بالحيلولة والمنع، والرفع بعد الوقوع بالإزالة والضمان). وهذا ما يساعد عليه عموم «لا ضرر» ومجموع أقوال الفقهاء^(١) في المسألة بعد تقرير أن لا دليل على الانحصار في معنى. بعد هذا التهميد تتحول الى المطالب التي تقرّر بحثها في مسألة تعارض الضررين.

المطلب الأول

حالة التعارض بين ضررين بالنسبة الى الشخص نفسه

ذهب الفقهاء في مثل هذه الموارد الى: أن الشخص عليه ارتكاب ما ضرره أقل، إذ تقرّر عندهم: أن قواعد الشرع تنص على أنه إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها^(٢). أما في حالة التساوي فيتحير^(٣). وهذا اتجاه عام عند الفقهاء:

وقد صرح الخراساني^(٤) من فقهاء الإمامية بذلك، وتابعه كثيرون^(٥) بأنه (يجب

(١) راجع: أ- تهذيب الأصول للشيخ جعفر السبحاني، تقارير بحث الإمام الراحل الخميني قدس سره ٢: ٤٦٥.

ب- والقواعد الفقهية للجنودتي ١: ١٧٩.

ج- والمدخل الفقهي العام للدكتور مصطفى الزرقا ٢: ٩٧٧، مع ما نقلناه من كلماتهم في المقام.

(٢) راجع: مصباح الفقاهة للإمام الخوئي رحمه الله ٢: ٢٦٣، والأشياء والنظائر للسيوطي ٨٧، وتحرير المجلة للشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء ٢٧.

(٣) الأشياء والنظائر الإشارة السابقة.

(٤) طريق الوصول الى تحقيق كفاية الأصول للخراساني للشيخ محمد الحويزني الكرمي ٤: ٦٤، وعناية الأصول للفيض آبادي ٤: ٣٢٣.

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

اختيار الضرر الأقل أو على حد تعبيره: فلا مسرح إلا لاختيار أقلها، وإلا فهو مختار).

وذكر العزّين عبد السلام من فقهاء الشافعية: (أن الشرع يحصل الأصلح بتفويت المصلحة، كما يدرأ الأفسد بارتكاب المفسدة).^(١)

ونقل السيوطي^(٢) عنه الإمام الشافعي القول بالتخيير في حالة التساوي، وهذا ما ذكره ابن نجيم الحنفي^(٣) أيضاً، واليه نسب الحنابلة^(٤).
وها هنا تفريع:

التداوي والعلاج بالمحرّم

قد تقتضي حالة التعارض في صورة الاضطرار العلاج بالمحرّم كما لو لزم استقطاع جزء من الميت أو الحي للعلاج^(٥)، أو اضطرّ إلى شرب الخمر لنفس الغرض. وهنا اتجاهاان في الفقه:

اتّجاه يذهب إلى المنع وعدم جواز العلاج بالمحرّم، وهو ما ذهب إليه فريق من فقهاء الإمامية^(٦) والمالكية^(٧) والشافعية^(٨)، واستدلّوا:

١ - بقوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ -: «لم يجعل الله شفاء أمتي فيما حرّم عليها»^(٩).

(١) قواعد الأحكام ٢: ٨٩.

(٢) الأشباه والنظائر: ٨٥.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٨٩، والهداية للمرغيناني الحنفي ٣: ٢٧٧.

(٤) أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣: ١.

(٥) راجع بحثاً قديماً في مستند تحرير الوسيلة للشيخ أحمد المطهري ط ١ سنة (١٤٠٢ هـ).

(٦) فقه الإمام الصادق لمغنية ٤: ١٩٠.

(٧) بداية المجتهد لابن رشد ١: ٤٧٦.

(٨) الميزان الكبرى للسمرقاني ٢: ٥٨.

(٩) سنن أبي داود ٤: ٦ برقم ٣٨٧٤.

٢ - ما جاء عن الإمام الصادق - عليه السلام - : «أن الله - عز وجل - لم يجعل في شيء مما حرم دواءً ولا شفاءً»^(١)

وانتجاء آخر ذهب الى الجواز، وهو ما ذهب اليه فريق من الإمامية^(٢)، وجماعة من الحنفية^(٣)، ومن الشافعية^(٤)، وابن حزم الظاهري^(٥) . واستدلوا:

١ - بعموم قوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾^(٦).

٢ - بإباحة النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - لعبد الرحمان بن عوف بلبس الحرير للعلاج، وهو محرم على الذكور^(٧).

كما استدلل بعضهم: بأن الضرورة بمثابة العلة، فمتى وجدت وجدت الرخصة^(٨). ويبدو أنه في حالة انحصار العلاج به، وعدم وجود مندوحة لا يخلو القول بالجواز من قوة^(٩).

المطلب الثاني

التعارض بين ضرورين بالنسبة إلى شخص آخر

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

(١) وسائل الشريعة للحرّ العامل: ١٧: ٢٧٥.

(٢) القواعد والفوائد للشهيد الأول: ١: ١٢٦.

(٣) أحكام القرآن للجصاص الحنفية: ١: ١٢٦.

(٤) الميزان الكبرى: ٢: ٥٨.

(٥) المحل: ٧: ٤٢٦.

(٦) الأنعام: ١١٩.

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

(٨) أحكام القرآن: ١: ١٢٦.

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

بالنسبة الى شخصين فإنه يترجح الأقل ضرراً. وعُلِّل ذلك: بأن مقتضى نفي الضرر عن العباد في مقام الامتنان عدم الرضا بحكم ضرره أكثر من الحكم الآخر؛ لأن العباد كلهم متساوون في نظر الشارع، بل هم بمنزلة عبيد واحد...^(١)

ومن صور ذلك: لو أكرهه على الإضرار بهالـ زيد أو بعرضه أو بعرض آخر مطلقاً فلا مناص أنه يختار الإضرار بالمال؛ لكون العرض أهم في نظر الشارع.

وقد استند بعض الفقهاء الى رواية سمرة^(٢) في قوله - صلى الله عليه وآله وسلم -: «إنك رجل مضر، ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام». إذ أمر النبي - عليه الصلاة والسلام - بإخراج نخلة سمرة ورميها خارجاً مراعاةً لضرر الأنصاري؛ لأن الضرر هنا يتصل بالعرض^(٣).

وكذلك لو أكرهه على الإضرار بزيد أو عمرو فينظر الضرر الأكبر أو الأشد^(٤) بحسب حال كل. ومع التساوي يتخير كما مر.

وفي صورة لو اضطر سائق سيارة الى أن يدهس شخصاً أو يصعد الرصيف - مثلاً - فيتلف مالاً أو متاعاً فلا مناص - حينئذٍ - من ارتكاب الإضرار بالمال تفادياً للدهس؛ لأن ضرر النفس أكبر وأشد. وكذلك له أن يهدم دار أحد الأشخاص إذا توقف بهدمها سريان الحريق الى المحلة؛ لأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام^(٥). واشترط الحنفية في هذه الحالة إذن ولي الأمر، وإلا فهو ضامن^(٦). ولعل الأولى هنا الضمان على الدولة إن كان بإذن ولي الأمر، وإلا فعلى سكان المحلة.

(١) راجع: قاعدتان فقهيتان للشيخ جعفر السبحاني: ٩٤، والموافقات للشاطبي: ٢، ٣٨٨.

(٢) سنن أبي داود: ٤، ٦ برقم ٣٨٧٤.

(٣) راجع: الرسائل للشيخ الأنصاري: ٣٩٥، والطرق الحكمية لابن قيم الجوزية: ٢٦٤.

(٤) راجع: تحرير المجلة لكاشف الغطاء: ١، ٢٧.

(٥) راجع: القواعد والفوائد للشهيد الأول: ١، ١٤٤، والموافقات للشاطبي: ٢، ٣٥٠، والأشباه والنظائر للسيوطي: ٨٥.

(٦) راجع: رد المختار لابن عابدين: ٥، ١٤.

فأما استحقاق صاحب الدار المهدومة الضمان والتعويض: فلأنه إذا كان من الجائز دفع الضرر العام بتحمل المضرر الخاص، إلا أنه مشروط بأن لا يلحق بالخاص ضرر لا ينجبر كما نبه إلى ذلك الشاطبي^(١). وأيضاً: فلأن الاضرار لا ينافي الضمان^(٢)، ولا يبطل حق الغير.

وأما لزوم الضمان على أهل المحلة: فلأنهم الجهة المستفيدة من هدم الدار، إذ لولا الهدم لما توقف سريان الحريق. وقاعدة الغرم بالغنم^(٣) تأبى أن يستفيد أحد على حساب تضرر آخر، فيلزم الضمان من هذا الوجه. وكذلك من الجائز لقاء الأمتعة والأموال بالغة ما بلغت من السفينة إذا توقف على ذلك تخليص الركاب. ذهب إلى ذلك فقهاء الحنابلة^(٤) والمالكية^(٥). وقاعدة دفع الضرر الأكبر والأشد فالأقل والأخف تقتضي ذلك^(٦).

المطلب الثالث

حالة التعارض: بين ضررين بالنسبة إلى شخصين بفعل أحدهما وهي حالة لو تصرف أحد الشخصين وترتب على تصرفه ضرر، وعلى تركه ضرر، وهنا صورتان:

الصورة الأولى: لو كان في تصرفه ضرر على الغير، وفي تركه التصرف ضرر عليه، فهنا اتجاهان:

(١) الموافقات ٢: ٣٥٤.

(٢) راجع مصباح الفقاهة للإمام الخوئي ٢: ٢٦٧. قال: (ليس هناك ملازمة بين الجواز الشرعي وعدم الضمان).

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقا ١: ٦٩٠.

(٤) راجع: القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي: ٣٧.

(٥) راجع: أسهل المدارك للكنشأوي المالكي ٣: ٦٩.

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

الأول: ذهب اليه أكثر الحنفية^(١)، وهو المشهور عند الشافعية^(٢) والإمامية^(٣)، واختاره ابن حزم الظاهري^(٤)، وهو: عدم منع المالك من التصرف في ملكه وإن ترتب عليه ضرر بالغير. واستدلوا بقولهم: (إن منع المالك من التصرف في ملكه مراعاة لنفع غيره لا وجه له في الشريعة، بل هو أبلغ الضرر على ما ذهب اليه ابن حزم)^(٥).

الثاني: وذهب اليه المالكية والحنابلة^(٦) وجماعة من الإمامية^(٧)، وهو منع المالك في صورة تضرر الجار أو الغير. وقد استدللوا بالذهابون الى الجواز بأمور:

الأول: بقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم»^(٨).

الثاني: إن الجواز الشرعي ينافي الضمان، ومقتضاه: أن الفعل إذا كان جائزاً شرعاً لا يترتب على من قام به ضمان بسبب ما ينشأ عن هذا الفعل، إذ تسويغ الشارع للفعل يقتضي رفع المسؤولية عنه، وإلا لما كان جائزاً^(٩).

الثالث: إن نفي الضرر امتناعية، ولا امتنان في تحمل الضرر لدفعه عن الآخرين وإن كان أكثر^(١٠).

أما الاتجاه الآخر أي: الرأي القائل بمنع المالك من التصرف في حالة ترتب ضرر على الغير - فقد استدللوا عليه بأمور:

الأول: إن الحقوق ليست مطلقة في الشرع، وإنما هي مقيدة بعدم إساءة

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

(٢) الاثم للإمام الشافعي ٣: ٢٢٢.

(٣) فرائد الأصول للشيخ الأنصاري ٢: ٥٣٨، ونقل دعوى الوفاق عليه عن الشيخ والحلي وابن زهرة.

(٤) المحلى ٨: ٢٤١.

(٥) المصدر السابق.

(٦) جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٢٩٠.

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

(٨) المصدر السابق.

(٩) قاعدة الجواز الشرعي تنافي الضمان وقد أُشير إليها سابقاً.

(١٠) مصباح الفقاهة للإمام الخوئي ٢: ٥٦٤.

استعمالها. وهذا ما جرت عليه الشريعة في موارد كثيرة كما في المضارة في الوصية^(١)، والمضارة في المعاشرة الزوجية^(٢) وغيرها. وهذا ما أدركه ابن حزم - وهو من أشد المتحمسين للرأي الأول ولبدأ الحق المطلق في التصرف بالملك - إذ قال: (لا يجوز لأحد أن يدخن على جاره لأنه أذى، وقد حرم أذى المسلم...) ^(٣).

وإذن، أفلا يكون حفر البئر - مثلاً - قد يؤدي الى هدم جدار دار الغير وهو نوع أذى كما لا يخفى؟!

الثاني: إن قاعدة السلطنة: - أي: سلطنة المالك في التصرف بملكه - كما هو مفاد قاعدة «الناس مسلطون على أموالهم»، فهي محكمة^(٤) بلا ضرر، أي: أن كل ما يصدر من فعل أو نحوه من التصرفات فإن قاعدة «لا ضرر» ناظرة اليه، ومقيدة له بصورة عدم الضرر كما هو مقتضى لسان الحكومة^(٥).

أما ما احتج به ابن حزم الظاهري فلا يتضح له وجه، إذ لم يقل أحد بمنع المالك من التصرف في ملكه مراعاة لنفع غيره، وإنما ذهبوا الى المنع فيما لو أضر بالغير، وهو ما يقتضيه نفي الضرر. ثم إن من بيني فرناً أو ينشئ مدبغة في داره يضر بالجار وبالدار ضرراً بالغاً^(٦).

وبالجملة: فيمكن القول: إنه في مثل هذه الموارد والحالات يلزم أن يلحظ الضرر الأكثر والأكبر عندما يتعارض ضرر المالك في عدم التصرف، وضرر الغير عند تصرفه؛ لأن الشرع ينظر الى الجميع بمثابة واحد^(٧)، أو كنفس واحدة^(٨)، على أنه يمكن أن

(١) النساء: ١٢ قوله تعالى: ﴿ومن بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار﴾.

(٢) البقرة: ٢٣١ قوله تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضرراً لتعتدوا...﴾.

(٣) المحلى: ٨: ٢٤١. (٤) راجع قاعدتان للسبحاني: ٩٧.

(٥) فرائد الأصول للشيخ الأنصاري ٢: ٥٣٩.

(٦) كشف المغطى للطاهر بن عاشور: ٣٠٨.

(٧) الرسائل للشيخ الأنصاري.

(٨) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦: ٣٢٧. وراجع الموافقات للشاطبي ٢: ٣٥٤.

يوكل الأمر الى العرف في تحديد حجم الضرر وطبيعته.

الصورة الثانية: أن يكون تصرفه في ملكه يلحق ضرراً بالغير، وفي تركه التصرف فوت نفع له. وهنا اتجاهات:

١ - اتجاه ذهب اليه متأخروا الحنفية^(١)، وجماعة من الشافعية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣)، والمشهور عند الإمامية^(٤).

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

٢ - اتجاه ذهب اليه ابن حزم الظاهري^(٥)، وهو: عدم المنع في مثل هذه الصورة كالسابق أيضاً مستنداً الى نفس الدليل.

٣ - اتجاه بالتفصيل: فذكر ابن رجب الحنبلي: أنه إن كان له في تصرفه غرض صحيح مثل: أن يتصرف في ملكه بها فيه مصلحة له فيتعدى ذلك الى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه فيتضرر الممنوع، ففي مثل هذه الحالة ينظر: إن كان تصرفه على غير الوجه المعتاد فأضر بالغير يضمن. وإن كان على 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) على المنع مع الضرر

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

(٢) الفتاوى الكبرى، لابن حجر ٣: ١٦٧.

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

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

(٥) المحلى ٨: ٢٤١.

(٦) جامع العلوم والحكم، الإشارة السابقة.

(٧) تبصرة الحكام، للطرابلسي ٢: ٣٠٥.

(٨) بدائع الصنائع ٦: ٢٦٤.

الفاحش.

وذهب أكثر الشافعية^(١) إلى عدم المنع في مثل هذه الحالة بشرط أن يحتاط ويحكم الجدران بها لا يتأذى من المديغة والاصطبل والطاحونة ضرر بين.

وذهب جمهور الإمامية^(٢) إلى عدم المنع لو كان تصرفه على الوجه المعتاد، وإلا فيمنع، ويضمن ما تسبب من ضرر للغير.

استدل الشافعية^(٣) بأن في منعه إضراراً به، والضرر لا يزال بالضرر، وهو ليس متين؛ لأن الافتراض في المسألة هو: فوت النفع على المالك، ولا يعد ضرراً، بل فيه تردد^(٤).

وأما ما احتج به الشيخ الأنصاري^(٥) بأنه - حينئذ - يكون من قبيل الحرج عليه، ولذا لا يمنع لحاكمية «لا حرج» على «لا ضرر»، فقد نوقش في رأيه.

إن منع المالك من التصرف في ملكه بنا فيه منفعة لا يعد حرجاً مطلقاً؛ لأن الحرج المنفي إنما هو بمعنى: المشقة التي لا تتحمل عادةً، وهو مفقود في المقام.

وأما حاكمية «لا حرج» على «لا ضرر»: فلا وجه له؛ لأن كل واحدٍ منهما ناظر إلى الأدلة الدالة على الأحكام الأولية، ويقيدها بغير موارد الحرج والضرر، فهما في مرتبة واحدة^(٦)، فلا مورد للحاكمية هنا. وأيضاً؛ فإن فوت النفع لو عد ضرراً تجوزاً فهو لا يزاحم الضرر البين، وليس في قوته. ولما كان الميزان في الترجيح: ارتكاب أخف الضررين فيكون منع المالك من التصرف بها له منفعة فيه أخف من تصرفه مع لحوق ضرر بالغير، على أنه قد تقرر في قواعد الشرع أن درء المفسد أولى من جلب

(١) نهاية المحتاج، للمزني ٥: ٣٣٣.

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

(٣) نهاية المحتاج، الإساءة السابقة.

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

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

(٦) راجع: مصباح الفقاهة، للإمام الخميني (قدس سره) ٢: ٢٦٥.

المصالح^(١). فيترجح المنع.

ولعل الأنسب أن يقال: إنه لو أمكن للمالك أن يتخذ الاحتياطات الضرورية في تصرفه في ملكه بما هو نفع له ربما يكون ضرر الغير - حينئذ - من الضالة بمكان في قبالة نفع المالك، فلا وجه - حينئذ - للمنع. وأمر هذا يوكل الى العرف وأهل الخبرة: فإن تسامعوا فيه بحجب بُعد كلاً ضرر، وإلا فلا. وهذا يقتضيه كمال الامتنان في نفي الضرر، والله أعلم.

المطلب الرابع

حالة تعارض ضررين بين شخصين بتدخل عنصر اخر

وفي هذه الحالة أورد أكثر الفقهاء مثلاً هو: فيما إذا ابتلعت دجاجة أحدهم لؤلؤة لآخر، أو أدخلت دابة رأسها في إناء لآخر ولم يمكن تخليص أحدهما إلا بإتلاف الآخر فهنا صورتان :

الأولى: صورة وقوع الضررين بتفريط من مالك أحد المالين، أو من كليهما. والثانية: وقوع الضررين بدون تفريط أو تدخل من أحد، كأن يكون قضاء وقدراً كما لو التقطت الدجاجة لؤلؤة آخر سقطت منه.

ومن الأمثلة التي يمكن إيرادها في المقام هي: ما لو دخلت سيارة بسبب حدوث عطل مفاجيء بناية لآخر، ومثله: ما لو ابتلع حيوان مستنداً مالياً لآخر، أو قطعة ذهبية، أو نحو ذلك.

وعلى أية حال: ففي جميع الصور المذكورة يلزم مراعاة ما ضرره أعظم بارتكاب الأخف والأقل لتخليص ما هو الأهم، أو ما قيمته أكبر مع التعريض، أي: الضمان عن الأضرار التي تنشأ عن ذلك إن حصل الأمر بتفريط من أحد^(٢).

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي: ٨٧.

(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي ٨٦/٨٧، والأشياء والنظائر لابن نجيم: ٨٨.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الضَّرَرَانِ بِفِعْلِ أَحَدِ الْمَالِكَيْنِ أَوْ بِتَفْرِيطِ أَحَدِهِمَا: فَقَدْ ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ^(۱) وَالْحَنَفِيُّ^(۲) وَالْحَنَابِلَةُ^(۳) وَالْإِمَامِيَّةُ^(۴) إِلَى الْإِزَامِ مِنْ اسْتِنْدِ إِلَيْهِ الضَّرَرُ تَخْلِيصَ مَالِ الْآخَرِ وَتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ: لِأَنَّهُ مَعَ وَجُودِ عَيْنِ مَالِهِ لَا يُصَارُ إِلَى الْبَدْلِ مِنَ الْمِثْلِ أَوْ الْقِيَمَةِ إِلَّا عِنْدَ تَعَذُّرِ الرَّدِّ، هَذَا مَعَ مَرَاعَاةِ أَعْظَمِهَا ضَرَرًا.

فَلَوْ أَدْخَلْتَ دَابَّةً - مِثْلًا - رَأْسَهَا فِي قَدَرٍ وَلَمْ يَخْرُجْ إِلَّا بِكَسْرِ الْقَدَرِ كَسَرْتَ تَخْلِيصَهَا، وَلَا تَذْبِیحَ وَلَوْ كَانَتْ مَأْكُولَةُ اللَّحْمِ. نَمَّ إِنْ كَانَتْ بِصَحْبَةِ مَالِكِهَا فَعَلِيهِ الْإِشْرُ لِتَفْرِيطِهِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا: فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْقَدَرِ مُتَعَدِّيًا بِأَنْ وَضَعَهَا بِمَوْضِعٍ لَا يَحِقُّ لَهُ فِيهِ أَوْ كَانَ لَهُ حَقٌّ فِيهِ لَكُنْهُ كَانَ قَادِرًا عَلَى دَفْعِ الْبَهِيمَةِ فَلَمْ يَدْفَعْهَا فَلَا إِشْرَ لَهُ بِكَسْرِ الْقَدَرِ، وَإِنْ كَانَ الْأَمْرُ بِتَفْرِيطِهَا مَعَ اشْتِرَاكِ فِي الْغَرَامَةِ^(۵).

وَفِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ: لَوْ كَانَ السَّبَبُ فِي دُخُولِ الدَّابَّةِ أَوْ سَقُوطِ الدِّينَارِ فِي الْمَحْبُورَةِ شَخْصٌ ثَالِثٌ فَيَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ الضَّحَاانُ، وَهُوَ بِتَخْيِيرٍ - حِينَئِذٍ - بَيْنَ إِتْلَافِ أَيِّ الْمَالَيْنِ لِتَخْلِيصِ الْآخَرِ.

قَالَ الشَّيْخُ السَّبْحَانِيُّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ: إِنَّهُ - حِينَئِذٍ - بِطَبْعِهِ لَنْ يَخْتَارَ إِلَّا الْأَقْلَّ ضَرَرًا^(۶)، لَكِنْ فَقِيهِ آخَرٍ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْمُتَعَيَّنَ فِي حَقِّهِ هُوَ اخْتِيَارُ الْأَقْلَّ بِاعْتِبَارِ لَزِمِ التَّبْذِيرِ الْمَحْرَمِ شَرْعًا إِنْ لَمْ يَخْتَرْ الْأَقْلَّ^(۷).

الْأَمْثَلَةُ الَّتِي أَوْرَدَهَا الْفُقَهَاءُ حَالَةَ دُخُولِ حَيَوَانٍ لِشَخْصٍ فِي دَارٍ لِآخَرٍ وَتَعَذُّرِ إِخْرَاجِهِ إِلَّا بِنَقْضِ الدَّارِ أَوْ جَانِبِ مِنْهَا:

(۱) الْأَشْيَاءُ وَالنَّظَائِرُ لِلْسِّيُوطِيِّ: ۸۶.

(۲) الْأَشْيَاءُ وَالنَّظَائِرُ لِابْنِ نَجِيمٍ: ۸۸، وَتَكْمَلَةُ شَرْحِ فَتْحِ الْقَدِيرِ لِلْبَهَوِيِّ ۹: ۳۴۲.

(۳) شَرْحُ مَنْتَهَى الْإِرَادَاتِ لِلْبَهَوِيِّ ۲: ۴۰۴.

(۴) مِصْبَاحُ الْفَقَاهَةِ لِلْإِمَامِ الْخَوَافِيِّ ۲: ۵۶۳.

(۵) مَغْنَى الْمُحْتَاجِ لِلشَّرِيبِيِّ ۲: ۲۹۵، وَشَرْحُ مَنْتَهَى الْإِرَادَاتِ ۲: ۴۰۴.

(۶) قَاعِدَتَانِ لِلشَّيْخِ جَعْفَرِ السَّبْحَانِيِّ.

(۷) قَاعِدَةُ الضَّرَرِ لِلشَّيْخِ الزَّنْجَانِيِّ: ۱۱۷.

ذهب جماعة من الفقهاء الى وجوب نقض البناء وإخراج الحيوان، وعلى ربّ المال المخرج ضمان أي: إصلاح الجدار؛ لأنّه إنّما حقّ له ذلك لتخليص ماله إن لم يفرط صاحب الدار، فإن فرط فلا ضمان على ربّ المال؛ لأنّ المفرط أولى بحصول الضرر كما لو كان بتعدّيه^(۱).

ومثل ذلك: ما لو دخلت سيارة مسرعة بنايةً لآخر - داراً أو محلاً - ولم يمكن إخراجها إلا بنقض جانب من البناء فإنّه يضمن ما تهدم أو تلف من البناء أو الأشياء؛ لأنّه حقّ لتخليص سيارته. ولا يتصور تفريط صاحب الدار إلا أن يكون قد أنشأ بناءه على الطريق العام، إذ يعدّ - حينئذٍ - متعدياً، فيضمن ما تسبّب في تلفه إن لم يكن صاحب السيارة مفرطاً.

جاء في رسائل الشيخ الأنصاري من الإمامية: (وكذلك حكمهم بضمان صاحب الدابة إذا دخلت في دار لا يخرج إلا يهدمها، معللاً ذلك الضمان بأنّ هدم الدار لمصلحة صاحب الدابة، فإنّ الغالب أنّ تدارك المهدوم أهون)^(۲).

ويتضح - كما ذكر الفقهاء -: أنّه في جميع الصور التي تقرّر اختيار الأقل ضرراً أو الأخفّ فإنّ ذلك لا يلغي حقّ الغير في الضمان؛ لأنّه مع أنّ الشارع أجاز وأباح ارتكاب أحد الضررين إلا أنّه لا ملازمة بين الجواز الشرعيّ وعدم الضمان^(۳). كما أنّه في انضمام جبران الضرر الذي أصاب الغير كمال الامتنان، وهو الذي تقتضيه نظريّة «نفي الضرر».

(۱) سرح منتهى الإرادات ۲: ۴۰۴.

(۲) الرسائل للشيخ الأنصاري، طبعة حجرية: ۲۹۹.

(۳) مسباح الفقاهة للإمام الخوئي ۲: ۲۶۷، وراجع فوائح الرحموت لابن عبد الشكور ۱: ۲۹۵.