



الضروة في

الشرعية الإسلامية والقانون الوضعي
تطبيقاتها - أحكامها - آثارها
دراسة مقارنة

دكتور
محمد عبد العزيز الزيني
كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

١٩٩٣

مؤسسة الثقافة الجامعية
٤٠٠ شارع سويتير، الإسكندرية - ت. ٤٨٣٥٢٢٤

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الضروة في

الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
تطبيقاتها - أحكامها - آثارها
دراسة مقارنة

دكتور
محمد عبد العزيز الزيني
كلية الشريعة والقانون - جامعة الأزهر

١٩٩٣

مؤسسة الثقافة الجامعية
٤٠٤٣٥٢٢٤ شارع الإسكندرية

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الإهداء

إلى والدي الكريمين الحانيين أطل الله بقاءهما
أهدى هذا البحث

سائلاً الله تبارك وتعالى أن ينفعي وينفع به كل من قال
لا إله إلا الله محمد رسول الله موقناً بها عاملاً بمقتضاها

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

قرآن كريم

قال الله تعالى :

إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ
لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ
رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾

الآية ١٧٣ سورة البقرة

وقال تعالى :

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ
وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا
مَا ذَكَيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصَبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَمِ ذَٰلِكُمْ
فِسْقٌ الْيَوْمَ يَبْسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنَ
الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ
الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ
اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾

الآية ٣ سورة المائدة

وقال تعالى :

وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَّرْتُمُ إِلَيْهِ ﴿١١٩﴾

الآية ١١٩ سورة الأنعام

وقال تعالى :

قُلْ لَا آجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١٤٥﴾

الآية ١٤٥ سورة الأنعام

وقال تعالى :

إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١١٥﴾

الآية ١١٥ سورة النحل

وقال تعالى :

مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴿١٠٦﴾

الآية ١٠٦ سورة النحل

وقال تعالى :

وَلَا تُكْرَهُوا فِتْنَتَكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْتُمْ تَحَصِّنَ النَّبِيُّوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْنَهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٣٣﴾

الآية ٣٣ سورة النور

حديث شريف

- ١- قال رسول الله ﷺ :
« إن الدين يسرٌ ولن يُشَادَ الدينَ أحدٌ إلا غلبه ، فسددوا وقاربوا
وابشروا واستعينوا بالغُدوةِ والروحةِ وشيءٍ من البُلْجَةِ »
رواه البخارى فى صحيحه ح ١ ص ١٦
- ٢- وقال ﷺ :
« يسروا ولا تعسروا ، وبشروا ولا تنفروا »
رواه البخارى فى صحيحه ح ١ ص ٢٧
- ٣- وقال ﷺ :
« بعثت بالحنيفية السمحة »
رواه الخطيب عن جابر - الجامع الصغير للسيوطى ح ١ ص ٤٢٧
- ٤- وقال ﷺ :
« لا ضرر ولا ضرار من ضارَّ ضارَّهُ الله ، ومن شاقَّ شاقَّهُ الله عليه »
سنن أبى داود مع عون المعبود ح ١٠ ص ٦٤
- ٥- وقال ﷺ :
« رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »
سبل السلام ح ٣ ص ٢٣٢ كتاب الطلاق

قواعد دفع الضرر ورفع المشقة في الإسلام

- ١ - الضرر يزال .
- ٢ - الضرورات تبيح المحظورات .
- ٣ - يرتكب أخف الضررين لدفع أعظمهما .
- ٤ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .
- ٥ - الضرورة تقدر بقدرها .
- ٦ - المشقة تجلب التيسير .
- ٧ - الأمر إذا ضاق اتسع .

الأشباه والنظائر للسيوطي
الأشباه والنظائر لابن نجيم

مفرقات

قال الغزالي رحمه الله :

« فإن جلب المنفعة ودفع المضرّة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهي أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، وما لهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة .. وهذه الأصول الخمسة ، حفظها في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح » .

الامام الغزالي في المستصفى ح ١ ص ٢٨٦

« لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبأتة إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى » .

المادة ٦١ من القانون الجنائي المصري

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له في ربوبيته ولا في ألوهيته ولا في حكمه ولا أفعاله ، شرع للناس دين الحق وهداهم إليه ، ويسر لهم تشريعاته ولم يكلفهم بما لا طاقة لهم به . قال تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » (١) . وأشهد أن محمداً عبده ورسوله وخيرته من خلقه ، أرسله الله للناس كافة ، فهدى به الله من الضلالة ، وبصر به من العمى ، ودل الأمة على كل ما فيه خيرهم وسعادتهم في الدنيا والآخرة ، وحذرهم من كل شر وضرر عليهم في الدنيا والآخرة ، حتى ترك أمته على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم وسار على نهجهم إلى يوم يرث الله الأرض ومن عليها .

أما بعد :

فمن المسلم به في واقع الحياة أن هناك تفاوتاً بين الناس في الصحة والمرض ، وفي الضعف والقوة ، وفي الغنى والفقر ، وفي كل نواحي الحياة ، وقد راعى التشريع الإسلامي ذلك ، فجاءت كل أحكامه وتشريعاته مبنية على أساس رفع الحرج ودفع المشقة عن الناس جميعاً بصفة عامة ، وعن المرضى والضعفاء ولمن تضطروهم بعض الظروف القاسية بصفة خاصة ، وهناك كثير من الأدلة في الشريعة الإسلامية والمقطوع بصحتها تدل دلالة كافية على رفع الحرج عن الناس وإرادة اليسر بهم ، وعلى هذا الأصل دل القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وإجماع الأمة الإسلامية . فمن القرآن الكريم قوله تعالى : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » (٢) وقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم

(١) الآية ٢٨٦ سورة البقرة .

(٢) الآية ٧٨ سورة الحج .

العسر» (١) وقوله تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » (٢) وقوله تعالى : « ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج » (٣). وفي السنة النبوية المطهرة وردت جملة أحاديث تبين هذا الأصل وتؤكد، ومثال ذلك قوله ﷺ : « إن هذا الدين يسر ، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه ، فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة » (٤) قال الإمام بن حجر رحمه الله : « وسمى الدين بسراً مبالغة بالنسبة إلى الأديان التي قبله ، لأن الله تعالى وضع عن هذه الأمة الإضر والأغلال الذي كان على من قبلهم ، ومن أوضح الأمثلة على ذلك أن توبتهم كانت بقتل أنفسهم وتوبة هذه الأمة بالإقلاع والعزم والندم » (٥) قال تعالى : « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » (٦) ومن هذا الباب ما روى البخارى عن أنس عن النبي ﷺ أنه قال : « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا » (٧) وعن عائشة أم المؤمنين رضی الله عنها قالت : « كان رسول الله ﷺ إذا أمرهم ، أمرهم بما يطيقون من الأعمال » (٨). هذا وقد عقد الإمام البخارى — رحمه الله — في صحيحه باباً بعنوان « الدين يسر » وقول النبي ﷺ : « أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة » وفي حديث آخر « بعثت بالحنيفية السمحة » (٩).

هذا ومن مقاصد الإسلام — التي دل استقراء نصوص الشريعة عليها — هي تحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد والأضرار عنهم في العاجل والآجل ، وبهذا كله تتحقق لهم السعادة الحقة في حياتهم هنا وحياتهم هناك . وبهذا صرح المحققون من علماء الإسلام . فقد قال الإمام العز بن عبد السلام : « إن

(١) الآية ١٨٥ سورة البقرة .

(٢) الآية ٢٨ سورة النساء .

(٣) الآية ٦١ سورة النور .

(٤) صحيح البخارى — الجامع الصحيح لمحمد بن اسماعيل البخارى ح ١ ص ١٦ مطبوعات دار الشعب .

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ح ١ ص ١٠١ .

(٦) الآية ١٥٧ سورة الأعراف .

(٧) صحيح البخارى ح ١ ص ٢٧ .

(٨) صحيح البخارى ح ١ ص ١١ .

(٩) صحيح البخارى ح ١ ص ١٦ .

الشريعة كلها مصالح إما درء مفسد أو جلب مصالح»^(١) وقال شيخ الإسلام ابن تيمية : « أن الشريعة الإسلامية جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها»^(٢) وقال الإمام الشاطبي : « أنها — أى الشريعة — وضعت لمصالح العباد»^(٣).

هذا ولقد حصر العلماء — رحمهم الله تعالى — أن مقاصد الحياة والتي لا حياة بدونها في كليات خمس ، تدرج فيها كل الجزئيات اللازمة للحياة ، وأن هذه الضرورات مراعاة في كل الشرائع والقوانين البشرية ، لأن ضرورتها لا تخص أمة دون أمة ، بل هي لجميع المخلوقين بمنزلة الهواء الذى إذا فقده الإنسان انقطعت حياته لحينه . وإذا كان قد حصل اختلاف بين الأمم والشعوب في حفظ هذه المقاصد ، فإنما هو في كيفية حفظها ، لا في أصله . وهذه المقاصد هي : الدين ، والنفس ، والنسل ، والعقل ، والمال ، وهناك مقصد سادس في الشرائع السماوية ، وعند الأمم التى احتفظت ببقية من فطرة ، وهى حفظ العرض . وإذا كانت بعض الشعوب قد فسدت فطرتها فلم نزع هذا المقصد ، فإن ذلك لا يدل على كونه ليس مقصداً في حد ذاته ، وإنما عدم رعاية تلك الشعوب له يدل على فساد فطرتها التى خلقت عليها وجبلت .

والذى يتأمل كثيراً من نصوص الكتاب والسنة النبوية المطهرة يجد فيها العناية الكاملة بحفظ هذه المقاصد ، وسأضرب على ذلك نصاً واحداً من كتاب الله يوضح لنا كل ذلك . قال تعالى : « قل تعالوا أقل ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئاً وبالوالدين إحساناً ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم وإياهم ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ذالكم وضامكم به لعلكم تعقلون . ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هى أحسن حتى يبلغ أشده وأوفوا الكيل والميزان بالقسط لا نكلف نفساً إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قرنى وبعهد الله أوفوا ذالكم وصامكم به لعلكم تذكرون . وأن هذا صراطى مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام - ح ١ ص ٩ .

(٢) منهاج السنة النبوية لابن تيمية - ح ١ ص ١٤٧ .

(٣) المواقفات للإمام الشاطبي - ح ٢ ص ٦ .

السبيل فنفرد بكم عن سبيله ذالكم وصاكم به لعلكم تتقون» (١) فهذا نص واحد من سورة الأنعام دل على حفظ هذه المقاصد جلية واضحة وإليك البيان .

فقد جاء في حفظ الدين نهيه سبحانه وتعالى عن الشرك ، وهو يشمل جميع أنواع الشرك : الشرك به في ربوبيته ، والشرك به في ألوهيته وفي أسمائه وصفاته وحاكميته ، ولا يكون الإنسان بريئاً من الشرك به إلا إذا حقق توحيد الربوبية والألوهية والحاكمية والأسماء والصفات وذلك ما تضمنته واستلزمته كلمة التوحيد وهو معنى قوله سبحانه وتعالى : « واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً » (٢) وأمثالها من الآيات كثير جداً .

وجاء حفظ النفس في قوله تعالى : « ولا تقتلوا أولادكم من إملاق » وقوله من نفس النص : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » ووجه الاستدلال بهذه من ناحيتين : الناحية الأولى : النهي عن قتل النفس التي حرم الله بغير حق . والناحية الثانية : ما يفهم من شرع قتل النفس التي حرم الله بالحق ، فإن في قتل النفس بالحق حفظاً للنفس في باب القصاص ودفع الصائل الذي لا يندفع إلا بالقتل ، وحفظاً للدين في باب الردة ، وحفظاً للنسل في باب الرجم .. وجاء حفظ النسل في قوله تعالى : « ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن » ومن أعظم الفواحش الزنا الذي وصفه الله تعالى في آية أخرى بأنه فاحشه ، كما قال تعالى : « ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً » (٣) .

ويمكن إدخال حفظ العرض في حفظ النسل ، لأن حفظ النسل إنما يحصل بالزواج الشرعي ، وفي الزواج الشرعي حفظ للعرض ، وإذا اعتدى على النسل لزم منه الاعتداء على العرض وكذلك النسب .

وجاء حفظ المال في قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن حتى يبلغ أشده » وقوله تعالى : « وأوفوا الكيل والميزان بالقسط » .

(١) الآيات ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ سورة الأنعام .

(٢) الآية ٣٦ سورة النساء .

(٣) الآية ٣٢ سورة الاسراء .

وأما حفظ العقل فإنه يؤخذ من مجموع التكليف بحفظ الضرورات والمقاصد الأخرى ، لأن الذى يفسد عقله لا يمكن أن يقوم بحفظ تلك المقاصد ، كما أمر الله ، ولعل فى قوله سبحانه وتعالى فى ختام الآية الأولى : « ذالكم وصاكم به لعلكم تعقلون » ما يدل على ذلك . ويجب التنبيه هنا إلى أن العناية بحفظ هذه المقاصد فى الدين الإسلامى يعتبر ديناً وعبادة لله تعالى . فحفظ هذه الضرورات وهذه المقاصد وصية من الله لعباده يثابون على القيام به ويعاقبون على التفريط فيه أللهم إلا إذا كانت هناك ضرورة ملجئة يترتب عليها هلاك النفس أو فقد عضو من الأعضاء أو يكون هناك اعتداء على النفس أو العرض أو المال ، فهنا يلزم الأخذ بالرخص التى تعتبر من مظاهر رعاية الشريعة لأصل رفع الحرج عن الناس ، مراعاة لأعدارهم ورفعاً للمشقة عنهم ، والرخصة ما شرع بناء على أعذار الناس وظروفهم الطارئة . أو هى — كما يقول الإمام الشاطبى — « ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلى يقتضى المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه » (١) فتشريع الرخص يدل دلالة قاطعة على مراعاة الشريعة لهذا الأصل العظيم — رفع الحرج عن الناس — لأن الشارع الحكيم — كما يقول الشاطبى — لو كان قاصداً المشقة فى التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف » (٢) .

وبعد فحالة الضرورة فيها مشقة بالغة وحرج شديد ، ومن ثم فقد عاجتها الشريعة الإسلامية فى ضوء أصل رفع الحرج ، فشرعت لها من الأحكام ما تندفع به كما سنبينه فى هذا الكتاب بمشيئة الله تعالى وعونه .

هذا وقد قسمت هذا البحث إلى خمسة فصول يسبقهما تمهيد وتعليقهما خاتمة . أما التمهيد فقد اشتمل على مبحثين . المبحث الأول : فى تعريف الضرورة فى اللغة وفى اصطلاح الفقهاء الشرعيين ، أما المبحث الثانى : فقد جاء فى تعريف الضرورة عند فقهاء القانون الوضعى أعقبتهما مقارنة بين التعريفين . أما الفصل الأول فهو فى تعليل حالة الإعفاء من الضرورة فى كل من الشريعة والقانون واشتمل على مبحثين . المبحث الأول فى تعليل حالة الإعفاء من الضرورة فى الشريعة الإسلامية . أما المبحث الثانى فجاء فى تعليل

(١) الموافقات للإمام الشاطبى ح ١ ص ٢٠١ .

(٢) الموافقات للشاطبى ح ٢ ص ١٢٢ .

حالة الإعفاء من الضرورة في القانون ثم أعقب ذلك المقارنة بينهما . أما الفصل الثاني فكان في بيان الطبيعة الشرعية والقانونية لجرائم الضرورة وفيه مبحثان . المبحث الأول في بيان الطبيعة الشرعية لجرائم الضرورة ، والمبحث الثاني في بيان الطبيعة القانونية لجرائم الضرورة ثم المقارنة بين الطبيعتين . أما الفصل الثالث فكان في شروط حالة الضرورة في كل من الفقه الإسلامي والقانون وفيه مبحثان . المبحث الأول في شروط حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والمبحث الثاني في شروط حالة الضرورة في القانون ثم جاءت المقارنة بينهما . أما الفصل الرابع فكان في نماذج وتطبيقات لحالات الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي واشتمل على سبعة مباحث . المبحث الأول : في الاضطرار إلى القول الباطل . والمبحث الثاني في الاضطرار إلى تناول المحظور من مطعم أو مشروب . أما المبحث الثالث فهو في الاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها في حالة المرض . أما المبحث الرابع : فنجاء في الاضطرار إلى اتلاف النفس والمبحث الخامس في الاضطرار إلى ارتكاب الفاحشة ، والمبحث السادس في الاضطرار إلى أخذ المال أو اتلافه لصاحبه ، أما المبحث السابع فكان في النماذج والأمثلة التي أوردها فقهاء القانون على حالات الضرورة . ثم أعقب ذلك المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون . أما الفصل الخامس فكان في الفرق بين حالة الضرورة وغيرها من الحالات المشابهة وفيه سبعة مباحث .

المبحث الأول في الفرق بين حالة الضرورة والدفاع الشرعي في القانون .
 والمبحث الثاني في الإكراه وحالة الضرورة في القانون .
 والمبحث الثالث في القوة القاهرة والحادث الفجائي في القانون .
 والمبحث الرابع في تجاوز حالة الضرورة في القانون .
 والمبحث الخامس في الفرق بين حالة الضرورة والإكراه في الشريعة الإسلامية
 والمبحث السادس في إثبات حالة الضرورة في كل من الشريعة والقانون .
 والمبحث السابع والأخير في حكم الضرورة في كل من الشريعة والقانون .
 وأخيراً تأتي الخاتمة وفيها أهم ما انتهى إليه البحث من نتائج .

وبعد : « ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير »

دكتور

محمود محمد عبد العزيز الزيني

التمهيد وفيه مبحثان

المبحث الأول : في تعريف الضرورة في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء
المبحث الثاني : في تعريف الضرورة عند فقهاء القانون

رَفَعُ

عبد الرحمن النخدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الأول

في

تعريف الضرورة في الشريعة الإسلامية

أولاً: تعريف الضرورة في اللغة:

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار وهي الحاجة والشدة التي لا مدفع لها مع المشقة الشديدة ، وكذلك بمعنى الإلجاء إلى الشيء المحرم وليس له منه بد ، وتطلق كذلك على شدة الحال والاحتياج الشديد إلى الشيء ، والضروري كل ما تمس إليه الحاجة ، وكل ما ليس منه بد . وعموماً فالضرورة في اللغة : الحاجة الداعية إلى أن يرتكب فيه مالا يرتكب في أيسر^(١) .

ثانياً: تعريف الضرورة في الشرع:

أما تعريف الضرورة في الشريعة الإسلامية، فقد عرفت بتعريفات عدة منها: « الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً »^(٢) وعرفها السيوطي بقوله : « بلوغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب الهلاك »^(٣) .

وقد عرفت في المذهب الحنفي بأنها : « خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل »^(٤) .

أما في المذهب المالكي فعرفت بأنها : « الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً »^(٥) .

أما الحنابلة فقد عرفوها بقولهم : « خوف الإنسان التلف إن لم يأكل المحرم غير السم »^(٦) .

(١) لسان العرب لابن منظور ح ٤ ص ٤٨٣ مطبعة الدار العربية للتأليف والنشر وكذلك مختار القاموس للطاهر أحمد الزاوي ص ٣٧١ ، الناشر دار الكتاب بيروت ، المعجم الوسيط ج ١ ص ٥٣٨ الطبعة الثانية قام باخراج هذه الطبعة مجموعة منهم د . ابراهيم أنيس وآخرين .

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية للفقية على حيدر ح ١ ص ٣٤ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ، مطبعة مصطفى محمد سنة ١٣٥٩ هـ ، ص ٦١ .

(٤) أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالخصاص ، ح ١ ص ١٥٩ طبعة سنة ١٣٢٥ هـ .

(٥) الشرح الكبير للدردير مطبوع على هامش حاشية الدسوقي ح ٢ ص ١٠٣ .

(٦) الروض المربع ، ح ٢ ص ٣٥٦ .

فالضرورة أن يتعرض الإنسان لظروف تصيره إلى حد يعلم أو يظن — أو يخاف أنه إن لم يتناول المحرم — غير السم — هلك أو قارب الهلاك ، بمعنى أن يهلك جميعه أو يهلك بعضه ... أو قارب الهلاك أى منهما .

والمعيار في تقدير الوقوع في الضرورة هو معيار شخصي ، كما هو واضح من تعبير الفقهاء بالعلم أو الظن ، وكذا تعبيرهم بالخوف ، إذ خوفه على نفسه في هذه الحالة إنما يكون إثر علمه بأنه إن لم يتناول هذا المحرم هلك كلاً أو بعضاً أو إثر ظنه هذه النتيجة ، بأن كان احتمال الهلاك راجحاً عن احتمال النجاة عنده . فمن بدأ التعريف بالخوف ، بدأه بأثر العلم أو الظن بوقوع الهلاك ، والخوف حالة نفسية تعترى الإنسان إثر علمه بذلك ، فتحدث له آثاراً عضوية من اصفرار وجه وارتعاش أعضاء وأرق وما إلى ذلك ، وهي تختلف من شخص إلى شخص طبقاً لما يحيط به من ظروف ، وما يدركه من أبعاد للآثار الناجمة عن ابتعاده عن تناول المحرم ، وما يتميز به من معارف لآثار هذا الإبتعاد وهذا الإمتناع ، وإذا توافر ذلك للإنسان كان الإنسان في هذه الحالة مضطراً^(١) .

(١) د . حسن علي الشاذلي في حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي كتاب الجمهورية

المبحث الثاني في

تعريف حالة الضرورة في القانون الوضعي :

عرفت الضرورة في القوانين الوضعية بتعريفات عدة ، ولكنها في معظمها تتلاقى في المعنى ونفس المضمون مع اختلافات طفيفة . فالضرورة مشتقة من الضرر ، وهى : « أن يجد الإنسان نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع ، فلا يرى سبيلاً للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة »^(١) وقد يوجه إليه الخطر عمداً بقصد إجلائه إلى ارتكاب الفعل المكون لها ، وهذه صورة الإكراه المعنوى . وتدخل في الضرورة بمعناها العام^(٢) .

وهناك من عرف الضرورة بقوله : « وجود الإنسان نفسه في ظروف تهدده بخطر لا سبيل إلى تلافيه إلا بارتكاب جريمة ، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمداً بقصد إجلائه إلى ارتكابها »^(٣) فهى تتفق مع الإكراه المعنوى في أن الجاني لا يجد سبيلاً للخلاص من الشر اخذق به إلا بسلوك سبيل الجريمة ، ولكن تتميز الضرورة عن الإكراه في أن الأخير يهدد بالشر لحمل الشخص على سلوك هذا السبيل ، بخلاف حالة الضرورة فهو يسلكه من نفسه بغير أن يقصد أحد إجابته إليه^(٤) . والجريمة التى تقع في هذه الظروف تسمى « جريمة الضرورة » .

ومن الجنائين من ذهب إلى تعريفها بقوله : « وضع مادى للأمر ينشأ بفعل الطبيعة أو بفعل إنسانى موجه إلى الغير ، وينذر بضرر جسيم على النفس ، يتطلب دفعه إرتكاب جريمة على إنسان برىء »^(٥) والضرر الجسيم على النفس ، إذ ترتكب الجريمة على إنسان برىء في سبيل درئه ، يستوى فيه أن

(١) د . محمود محمود مصطفى و شرح قانون العقوبات - القسم العام للطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ ، ص ٣٢٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة في قانون العقوبات الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ ، ص ٤١٧ .

(٤) المرجع السابق وفيه أشار سيادته إلى رو ، ح ١ ص ١٩٧ .

(٥) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائى الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨ ، الناشر منشأة دار المعارف بالاسكندرية ، ص ٨٩٥ .

يكون مهدداً ذات الشخص الذي ارتكب هذه الجريمة ، أو أن يكون مهدداً شخصاً آخر غيره .

على أنه حين يكون المهدد بالضرر الجسيم على النفس ، هو ذات الشخص الذي ارتكب جريمة الضرورة دفعاً لهذا الضرر ، يتعين أن يكون مصدر إنذاره بالضرر فعل الطبيعة لا فعل إنسان ، وإلا توافر إكراه معنوي مصدره هذا الإنسان . أما حين يكون المهدد بالضرر الجسيم على النفس ، شخصاً آخر غير مرتكب الجريمة المدفوع بها هذا الضرر ، فإنه يستوى في هذه الحالة أن يكون مصدر إنذار الغير بذلك الضرر هو فعل الطبيعة أو فعل إنسان ، لأنه في حالة كون هذا المصدر فعلاً إنسانياً ، لا يعتبر إكراهاً معنوياً ، مادام موجهاً إلى الغير لا إلى مرتكب الجريمة نفسه (١) .

فالضرورة هي : مجموعة من الظروف تهدد شخصاً بالخطر ، وتوحي إليه بطريق الخلاص منه وذلك عن طريق ارتكاب فعل إجرامي معين يقع على إنسان بريء . هذا والغالب في حالة الضرورة أنها ليست ثمرة عمل الإنسان ، وإنما هي وليدة قوى الطبيعة ، وإذا كانت من عمل إنسان فهي ليست بقصد حمل شخص على ارتكاب فعل إجرامي معين ؛ وإنما يتعين على من يهدده بالخطر ، أن يتصور الوسيلة إلى تفاديه مستوحياً الظروف المحيطة به (٢) .

ومن الفقهاء من يقرر أنها : « حلول خطر لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب محظور » (٣) وهي من النظم القانونية العامة — شأنها شأن الدفاع الشرعي — فهي ليست وفقاً على القانون الجنائي وحده ، بل هي مقررة في مختلف فروع القانون ، كما أنها ليست وليدة عصر بعينه ، وإنما هي من النظريات التي لازمت الفكر القانوني منذ مولده ؛ فقد اعترفت بها الشرائع قديماً وحديثاً وربت عليها حكمها فقضت بإغناء الجنائي — عند قيامها — من العقوبة المقررة لفعالته (٤) .

(١) د . رمسيس بهنام . المرجع السابق ، ص ٨٩٥ .

(٢) د . محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات ص ٥٨٤ ط سنة ١٩٧٣ ، د . على راشد في ص ٣٨٦ ، والمشتار محمود ابراهيم اسماعيل في الأحكام العامة رقم ٣٠٦ ص ٥٠٥ .

(٣) د . عوض محمد في قانون العقوبات — القسم العام — طبعة سنة ١٩٨٤ ، مؤسسة الثقافة بالاسكندرية ، ص ٤٩٧ .

(٤) المرجع السابق ص ٤٩٨ .

هذا ومن الفقهاء الجنائيين من يطلق على أحوال الضرورة وأمثالها ، اصطلاحات أخرى مثال ذلك : القوة الظاهرة ويقصد بها : « وهى ذلك السبب الأجنبي أو القوة الخارجية الطبيعية التى يخضع لها الإنسان لا محالة ، ولا يمكنه دفعها أو مقاومتها ، وتسخره فى ارتكاب فعل أو امتناع غير مشروعين » وعلى ذلك ، فإن القوة القاهرة تتصف أولاً ، بأنها قوة غير آدمية ، وقد تكون قوة طبيعية أى من فعل الطبيعة كالعواصف والصواعق والزلازل ، أو قد تكون فوق فهم البشر كتلك القوة الخفية أو الغامضة ، التى مازالت تستعصى على المعرفة والخبرة الإنسانية ، والتى تفسر علمياً عادة بأنها من قوى الطبيعة (١) .

وكذلك من الاطلاقات التى تمثل حالة الضرورة ما يسمى بالحدوث المفاجيء وهو : « ذلك العامل أو تلك القوة التى تتصف بالمفاجأة ، وتمتيز بعدم التوقع وعدم التصور ، ومن ثم تتجاوز امكانيات الحذر والانتباه الإنسانى . فهو عامل لا يعرفه الناس عامة يتضافر مع سلوك الفرد فى إحداث النتيجة الإجرامية ، وهو قوة مادية تؤثر بصفة مباشرة ومطلقة على الجانب العضوى أو المادى للإنسان ، فلا يقوم الركن المادى فى الجريمة ، وبالتالي لا يقوم أيضاً الركن المعنوى (٢) هذا وقد قالت محكمة النقض المصرية فى شأن القوة القاهرة إن إرادة المتهم تكون « منعدمة متلاشية » (٣) وقد عرفت المحكمة بعد ذلك القوة القاهرة بأنها : « العامل الذى يسلب الشخص إرادته فيرغمه على إتيان عمل لم يرده ولم يكن يملك له دفعا » (٤) ومن الفقهاء من يرى أن الإكراه المادى والقوة القاهرة تعبيرين مترادفين ، ولكن تخصص أحيانا دلالة الإكراه المادى فتقتصر على حالة ما إذا كانت القوة إنسانية ، أما سائر حالاتها كالقوة الطبيعية أو قوة الحيوان فيطلق عليها تعبير « القوة القاهرة » ؛ وأهمية هذا التخصص ، أن الإكراه المادى فى مدلوله الضيق يبقى الجريمة قائمة ، وإن

(١) د . يسر أنور على فى شرح قانون العقوبات - أصول النظرية العامة . طبعة سنة ١٩٨٤ ،
سنة ٣٤٨ .

(٢) د . يسر أنور على فى شرح قانون العقوبات . أصول النظرية العامة ، ص ٣٥٠ .

(٣) نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ، ح ٥ رقم ٣٠٣ ص ٥٧٢ .

(٤) نقض ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ١٠ رقم ٩٩ ص ٤٥١ .

نسبت إلى من صدر الإكراه عنه دون من خضع له ، أما القوة القاهرة فتنتفى
الجريمة إطلاقاً^(١) .

والفرق أساسى بين الإكراه المادى أو القوة القاهرة من ناحية ، وبين
« الحادث الفجائى » من ناحية أخرى ، فالحدث الفجائى لا يمحو الإرادة ، بل
إنه لا يجردها من التمييز وحرية الاختيار ، ولكن يزيل عنهما العمد والخطأ ،
فيجردها بذلك من الصفة « الإجرامية » ومن ثم لا يقوم بها الركن المعنوى
للجريمة ومثال ذلك قائد السيارة الذى يصيب شخصاً اندفع فجأة من طريق
جانبى فكان تفاديه مستحيلاً^(٢) . وعرفت الضرورة كذلك بقولهم : « الحالة
التي تدفع بشخص لارتكاب سلوك إجرامى نتيجة وجود مجموعة من الظروف
التي تحيط به ولا يملك منها فكاًكاً إلا بارتكاب السلوك الإجرامى نظراً لما
يتهدده أو يهدد غيره من أخطار جسيمة »^(٣) .

(١) د . على أحمد راشد . فى القانون الجنائى ، المدخل وأصول النظرية العامة الطبعة الثانية — دار
النهضة ، ص ٣٥٩ .

(٢) د . رمسيس بهنام فى النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ٨٨٨ .

(٣) د . سامح السيد جاد فى الأحكام العامة للقانون الجنائى طبعه سنة ١٩٨٤ ، مطبعة دار الهدى —
ص ٤١٢ .

المقارنة بين الشريعة والقانون في تعريف الضرورة

عرفت الضرورة في الشريعة الإسلامية بتعريفات عدة ، ولعل أجودها التعريف القائل بأنها : « الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً » ، لأن تناول الممنوع شرعاً — وهو المحرم — عند الضرورة قد يقصد منه دفع الاعتداء على الأنفس أو الأعراض أو الأموال سواء بالنسبة للإنسان نفسه أو بالنسبة للغير ، ومن ثم فهو تعريف جامع لجميع حالات الضرورة . والمعيار في تقدير هذه الحالة هو معيار شخصي كما هو واضح من تعبير معظم الفقهاء « بالعلم » أو « الظن » وكذا تعبيرهم بالخوف ، إذ خوفه على نفسه في هذه الحالة ، إنما يكون إثر علمه بأنه إن لم يتناول هذا المحرم هلك كلاً أو بعضاً أو إثر ظنه في هذه النتيجة ، بأن كان احتمال الهلاك راجحاً عن احتمال النجاة عنده^(١) .

هذا وقد سار فقهاء القانون الوضعي نفس المسار وسلكوا نفس الاتجاه الذي سار عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وعرفوا حالة الضرورة بتعريفات تكاد تكون هي نفس التعريفات التي قال بها فقهاء الإسلام مع اختلافات طفيفة لا تمثل فارقاً يذكر .

فمن مقارنة هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطوراتها المستمرة ، انتهت في أواخر القرن العشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان حينما نزلت شريعة السماء على قلب المبعوث رحمة للعالمين محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه .

(١) د . حسن علي الشاذلي . في حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي ، ص ٤٠ كتاب الجمهورية .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الفصل الأول في

تعليق حالة الإعفاء من الضرورة في كل من الشريعة والقانون
وفيه مبحثان

المبحث الأول : تعليق حالة الإعفاء من الضرورة في الشريعة الإسلامية
المبحث الثاني : تعليق حالة الإعفاء من الضرورة في القانون

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الأول

في

تعليل حالة الإعفاء من الضرورة في الشريعة الإسلامية

أو

قواعد دفع الضرر ورفع المشقة في الإسلام

وفيه تمهيد وسبعة مطالب

المطلب الأول : في شرح القاعدة الأولى : الضرر يزال

المطلب الثاني : في شرح القاعدة الثانية : الضرورات تبيح المحظورات

المطلب الثالث : في شرح القاعدة الثالثة : يرتكب أخف الضررين لدفع

أعظمهما

المطلب الرابع : في شرح القاعدة الرابعة : يتحمل الضرر الخاص لدفع

الضرر العام

المطلب الخامس : في شرح القاعدة الخامسة : الضرورة تقدر بقدرها

المطلب السادس : في شرح القاعدة السادسة : المشقة تجلب التيسير

المطلب السابع : في شرح القاعدة السابعة : الأمر إذا ضاق اتسع

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الأول

في

تعليل حالة الإعفاء من الضرورة في الشريعة

أو

قواعد دفع الضرر ورفع المشقة في الإسلام

تمهيد :

قلنا في تعريف الضرورة أنها الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً ، وهذا الإلجاء قد يكون بفعل الغير كما في الإكراه ونحوه . وقد يكون بسبب ظروف طارئة وقوة قاهرة كالخمصة التي يكون فيها الإنسان ، أو الجماعة العامة التي يكون فيها الناس . والممنوع شرعاً الذي يضطر إلى تناوله قد يكون مطعوماً أو مشروباً . كما قد يكون قتل نفس أو فعل فاحشة أو إتلاف مال ، والغرض من ارتكاب المحذور قد يكون دفع هلاك النفس أو تلف المال أو ارتكاب الفاحشة . فالشريعة الإسلامية مثلاً أباحت للمضطر أكل الميتة ، سواء كان هذا الاضطرار بجوع أو عطش في مخمصة أو بإكراه من ظالم — بحيث يخشى على نفسه الهلاك من جراء هذا الإكراه — حتى قال جمهور العلماء بوجوب الأكل والشرب للمضطر ، وحرموا عليه الامتناع . حتى إذا امتنع عن الأكل حتى مات أثم ودخل النار إلا أن يتوب الله عنه . وفي هذا يقول الإمام الغزالي في المستصفى : « وارتكاب أهون الضررين بصير واجباً وطاعة بالإضافة إلى أعظمهما ، كما يصير شرب الخمر واجباً في حق من غص بلقمة وتناول طعام الغير واجباً على المضطر في المخمصة ، وافساد مال الغير ليس حراماً لعينه . ولذلك لو أكره عليه بالقتل وجب أو جاز ... »^(١) ويقول الإمام بن تيمية : « والمضطر يجب عليه أكل الميتة في ظاهر مذاهب الأئمة الأربعة »^(٢) وقال أيضاً : « ويجب على المضطر أن يأكل ويشرب ما يقيم به نفسه ، فمن اضطر

(١) المستصفى في علم الأصول لأبي حامد الغزالي ، ج ١ ص ٨٩ ، طبعة سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م دار الكتب العلمية .

(٢) الاختيارات لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية ص ٩١ مطبعة كردستان العلمية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ هـ ، وكذلك المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ١٥١ ، مطبعة السعادة بمصر سنة

١٣١٤ هـ .

إلى الميتة أو الماء النجس فلم يشرب ولم يأكل حتى مات دخل النار» (١) ومثل هذا ورد في تفسير القرطبي عن الإمام مسروق (٢) ومثل ذلك قاله الفقيه العز بن عبد السلام: «وكذلك جواز أكل النجاسات والميتات من الكلاب والخنزير والسباع للضرورة، وهذا من المصالح والواجبات، لأن حفظ الأرواح أكمل مصلحة من اجتناب النجاسات» (٣) ومثل ذلك كثير في الشريعة الإسلامية السمحة سيبحث تفصيلاً فيما بعد إن شاء الله تعالى فنخلص من هذا إلى أن رأى جمهور الفقهاء القائل بوجوب تناول الميتة للمضطر ونحوها، وأنه إذا امتنع من أكلها أثم بامتناعه، وتعليل ذلك — على رأى الجمهور — بأن حالة الضرورة تجعل المحظور مباحاً، والامتناع من تناول المباح إلى حد تلف النفس محظور يأتى به فاعله، لأن فيه معنى قتل النفس، وقتل النفس لا يجوز لقوله تعالى: «ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً» (٤). هذا والفكرة الأساسية وراء ذلك أو العلة الحقيقية هي، أن نفس الإنسان ليست ملكه على وجه الحقيقة وإنما هي بمثابة الوديعة أو العارية عنده، لأنها ملك خالقها وهو الله جل جلاله، وليس من حق الإنسان وهو بمثابة الوديعة أو المستعير إتلاف ما استودعه الله إلا إذا أذن له الله تعالى بذلك، وقد أذن الله تعالى له بهذا الإتلاف في حالات معينة كالقتال في سبيل الله وإذا مات كان شهيداً واستحق بذلك أن يكون مع النبيين والصديقين في الجنة، ولكن ليس من هذه الحالات الإنتحار. والإمتناع من أكل الميتة عند الاضطرار نوع من أنواع الإنتحار فلا يجوز. وقد دل على تحريم الإنتحار قوله تعالى: «ولا تقتلوا أنفسكم ...» وما جاء في السنة النبوية، فقد روى الإمام مسلم عن سهل بن سعد الساعدي أن رجلاً أبلى بلاءً حسناً في القتال للمشركين فقال بعض المسلمين: ما أجزأنا اليوم أحد كما أجزأ فلان. فقال رسول الله ﷺ: «أما أنه من أهل النار» فقال رجل من القوم، أنا صاحبه. قال فخرج معه كلما وقف وقف معه، وإذا أسرع أسرع معه، قال: فجرح الرجل جرحاً شديداً.

(١) فتاوى ابن تيمية ج ١ ص ٢٣، مطبعة كردستان العلمية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ هـ.

(٢) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٣٢، الطبعة الثالثة عن طبعة دار الكتب المصرية سنة ١٣٨٧ هـ.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام للعز بن عبد السلام ج ١ ص ٩٧، الطبعة الأولى سنة

١٣٥٣ هـ.

(٤) الآية ٢٩ سورة النساء.

فاستعجل الموت فوضع سيفه في الأرض وذبابته بين ثديه وتحامل على سيفه فقتل نفسه . فخرج الرجل إلى رسول الله ﷺ فقال : أشهد أنك رسول الله . قال : وما ذاك . قال : الرجل الذي ذكرت آنفاً أنه من أهل النار ... وذكر له قصته . فقال رسول الله ﷺ عند ذلك : « إن الرجل ليعمل عمل أهل الجنة فيما يبدو للناس وهو من أهل النار ، وإن الرجل ليعمل عمل أهل النار فيما يبدو للناس وهو من أهل الجنة » (١) . فالانتحار حرام في شرع الإسلام ، لأنه إتلاف للنفس ممن لا يملكها وبغير إذن من مالكتها ، فضلاً عما في الانتحار من معاني الجبن والفرار من مسئولية المسلم في الحياة وهي الإسهام في إقامة دين الله في الأرض . ومن أجل تلك العلة قعد الفقهاء قواعد كثيرة لدفع الضرر ورفع المشقة عن العباد ومن أجل المحافظة على النفس وصيانتها لكي تعيش حياة حرة صحيحة ، بعيدة عن كل ما يتلفها أو ينقص من قدرها حتى ولو أدى ذلك إلى ارتكاب المحرمات أو المساس بحقوق الآخرين وسنين أهم تلك القواعد وهي :

- ١ - الضرر يزال .
 - ٢ - الضرورات تبيح المحظورات .
 - ٣ - يرتكب أخف الضررين لدفع أعظمهما .
 - ٤ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .
 - ٥ - الضرورة تقدر بقدرها .
 - ٦ - المشقة تجلب التيسير .
 - ٧ - الأمر إذا ضاق اتسع .
- وفيما يلي بيان كل قاعدة من هذه القواعد تفصيلاً مع ذكر بعض الفروع التي تندرج تحت كل قاعدة .

(١) صحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة المصرية بالقاهرة - ج ١ ص ٤٩ .

المطلب الأول

في شرح القاعدة الأولى : الضرر يزال

هذه القاعدة من أهم القواعد وأجلها شأنًا في الفقه الإسلامي . ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية وأصل هذه القاعدة هو دليلها وهو نص حديث نبوي كريم في مرتبة الحسن ، أخرجه مالك في الموطأ عن عمر بن يحيى عن أبيه مرسلًا وهو قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار »^(١) وأخرجه الحاكم في المستدرک ، والبيهقي والدارقطني من حديث أنى سعيد الخدري رضی الله عنه كما أخرجه ابن ماجه من حديث بن عباس وعبادة بن الصامت رضی الله عنهم ، ولعل أجدد الطرق لهذا الحديث ما رواه الحاكم وغيره عن أنى سعيد الخدري رضی الله عنه : « أن رسول الله ﷺ قال : لا ضرر ولا ضرار . من ضارَّ ضارَّه الله ، ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه »^(٢) وقد ورد الشطر الآخر من الحديث في صحيح البخارى وهو : « من شاقَّ شاقَّ الله عليه يوم القيامة ... »^(٣) . والضرر : إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً ؛ والضرار إلحاق مفسدة بالغير لا على وجه الجزاء المشروع . والضرار مقابلة الضرر بالضرر^(٤) أو إلحاق مفسدة بالغير على جهة المقابلة ، وفسره بعضهم : بأن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء .

والحديث نص في "تحريم الضرر لأن النفي بلا الإستغراقية يفيد تحريم سائر أنواع الضرر من الشرع ، لأنه نوع من الظلم ، إلا ما خص بدليل كالحودود

(١) الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم منشورات دار الهلال - بيروت ، ص ٨٥ وكذلك الأشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى - دار الكتب العلمية بيروت ، ص ٨٣ .

(٢) هكذا بلفظ الحاكم وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ، وواقفه الذهبي على ذلك . انظر الحاكم النيسابورى ، أبو عبد الله محمد بن عبد الله : المستدرک على الصححين وفى ذيله تلخيص المستدرک للذهبي - الهند - مطبعة دار المعارف ح ٢ ص ٥٧ - والشطر الثانى من الحديث رواه أبو داود فى سنته عن طريق أنى صرمة عن رسول الله (ﷺ) أنه قال : من ضارَّ أضر الله به ومن شاقَّ شاقَّ الله عليه أنظر سنن أنى داود مع عون المعبود طبعه المدينة المنورة الثانية - المكتبة السلفية ح ١٠ ص ٦٤ .

(٣) صحيح البخارى بفتح البارى ، طبعه دار الفكر ترقيم محمد فؤاد عبد الباق ، ح ١٣ ص ١٢٨ .

(٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الرزقا مطبعة طرين - دمشق ط ١٠ ص ٩٧٧ .

والعقوبات وحالات الضرورة^(١) وهذه القاعدة من أركان الشريعة الإسلامية وتشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة ، وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالى والعقوبة ، كما أنها سند لمبدأ الإستصلاح فى جلب المصالح ودرء المفاسد ، وهى عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم فى تقرير الأحكام الشرعية للحوادث . وعلى هذه القاعدة يبنى كثير من أبواب الفقه : كالرد بالعيب ، والخيارات ، والحجر بسائر أنواعه ، والشفعة ، والقصاص والحدود والكفارات ، وضمان المتلفات ، ونصب الأئمة والقضاة ، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله ، وقتال المشركين والبلغاة^(٢) إلى غير مما فى حكمة شرعيته دفع للضرر ، إذ لا ضرر ولا ضرار ، لأن نص هذه القاعدة ينهى الضرر ، فيوجب منعه مطلقاً سواء كان ذلك الضرر عاماً أو خاصاً ، ويشمل أيضاً رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير والتي تزيل آثاره وتمنع تكراره ، وكذلك دفعه ومنعه قبل أو أثناء وقوعه ، ومن ثم كان انزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لائنا فى هذه القاعدة ، حتى ولو ترتب عليها ضرر بهم لأن فيها عدلاً ودفعاً لضرر أعم وأعظم^(٣) كذلك المقصود بنفى الضرر ، نفى فكرة الثأر لمجرد الإنتقام التي يزيد فى الضرر ويوسع دائرته ، فالإضرار ولو كان على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً لذاته ، وإنما يلجأ إليه اضطراراً . فمن أتلف مال غيره — مثلاً — لا يجوز أن يقابل بإتلاف ماله لأن فى ذلك توسعة للضرر بلا منفعة ، وأفضل منه تضمين المتلف فيه ما أتلف ، وذلك بخلاف الجناية على النفس أو البدن ، مما شرع فيه القصاص ، لأن الجنايات لا يضمنها إلا عقوبة من جنسها ، وكذلك يجوز مثلاً حبس المشهورين بالدعارة والفساد حتى تظهر توبتهم ، ولو لم يثبت عليهم جرم معين بطريق قضائى دفعاً لشرهم^(٤) . قال العلامة ابن الأثير فى « النهاية » : « لا ضرر : أى لا يضر الرجل أخاه ، فينقصه شيئاً من حقه ، والضرار : فعال من

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسى — مطبعة حمص سنة ١٣٤٩ هـ — ج ١ ص ٢٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٤ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٨٥ ، وكذلك

القواعد لابن رجب الخبلى — دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ص ٢٦ ، ص ٢٨٦ .

(٣) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ، د . محمد صادق بن أحمد البورنو ، طبعة مؤسسة الرسالة

ص ٧٩ .

(٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا فقره ٥٨٦ يتصرف .

الضرر : أى لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه» (١). وهذه القاعدة التى تعبر عن معنى الحديث المذكور ، لقد تضافرت الأدلة من الكتاب والسنة على بيانها وتأييدها . وقد أجاد الإمام الشاطبى فى قوله بأن الحديث المذكور « لا ضرر ولا ضرار » رغم كونه من الأدلة الظنية داخل تحت أصل قطعى فى هذا المعنى ؛ حيث إن الضرر والضرار ميثوث منعه فى الشريعة الإسلامية كلها فى وقائع جزئيات وقواعد كلييات : وذلك كقوله تعالى : « ولا تضارّوهن لتضيّقوا عليهن » (٢) وقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا » (٣) ومنه النهى عن التعدى على النفوس والأموال والأعراض ، وعن الغضب والظلم ؛ وكل ما هو فى المعنى إضرار أو ضرار ؛ ويدخل تحته الجناية على النفس ، أو العقل أو النسل ، فهو معنى فى غاية العموم فى الشريعة لامراء فيه ولا شك ، وإذا اعتبرت أخبار الأحاد وجدتها كذلك ... » (٤) . وكذلك قوله تعالى : « لا تضارّ والده بولدها ولا مولود له بولده » (٥) . هذه الآية الكريمة فيها حث على الحنان والرأفة بالوليد ، ونفى المضارّة بين الزوجين ، قال القرطبى — رحمه الله — : المعنى « لا تأتى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها ، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك ، مع رغبتها فى الإرضاع » (٦) فهذا الأصل ميثوث منعه فى سائر الأحكام ، وكذلك قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الآية » (٧) .

هذه الآية تعتبر من الأدلة الكاشفة عن هذه القاعدة . قال صاحب تيسير التحرير : « فيها دليل على دفع الضرر ، وذلك لأجل أن لا يتلف ماله

(١) النهاية فى غريب الحديث لأبو السعادات مبارك بن محمد الشهير بابن الأثير ، الطبعة الأولى ، تحقيق : محمود محمد الطناحى ، طاهر أحمد الزواوى ، طبعة الحلبي سنة ١٣٨٣ هـ سنة ١٩٦٢ ، ح ٣ ص ٨١ .

(٢) آية رقم ٦ سورة الطلاق .

(٣) الآية ٢٣١ سورة البقرة .

(٤) الموافقات فى أصول الشريعة ، أبو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي ، ح ٣ ص ٩ ، ١٠ . تحقيق محمد محى الدين عبد الحميد — مصر — مطبعة صبيح .

(٥) آية رقم ٢٣٣ سورة البقرة .

(٦) تفسير القرطبى أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى : الجامع لأحكام القرآن الطبعة الثانية ، القاهرة — مطبعة دار الكتب المصرية سنة ١٩٣٦ م ح ٣ ص ١٦٧ .

(٧) الآية رقم ٥ سورة النساء .

قطعاً»^(١) فكل من لم يكن له عقل يفى بحفظ المال سواء كان من النساء والصبيان والأيتام نبي الله سبحانه وتعالى عن تمكينه من التصرف في الأموال ، التي جعلها الله للناس قياماً : أى تقوم بها معاشهم في التجارات وغيرها . والمقصود من ذلك الاحتياط في حفظ أموال الضعفاء والعاجزين^(٢) كما ذكر الإمام الرازى وغيره في تفاسيرهم . وإذا نظرت في سنة الرسول ﷺ وقضاياه ، وجدتها سارية على هذا المنهج ومقررة لهذا المبدأ العظيم ، فعلى سبيل المثال ما رواه أهل السنن : أن رجلاً كانت له شجرة في أرض غيره ، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة ، فشكا ذلك إلى النبي ﷺ ، فأمره أن يقبل منه بدلها ، أو يتبرع له بها ، فلم يفعل ، فأذن لصاحب الأرض قلعها ، وقال لصاحب الشجرة : « إنما أنت مُضارٌّ »^(٣) .

على ذلك نقول : إن هذه القاعدة العامة « الضرر يزال » دل على إعمالها نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة .

-
- (١) تيسير التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لابن الهمام ، الطبعة الأولى - مطبعة الحلبي بمصر سنة ١٣٥٠ هـ - ح ٢ ص ٣٠١ .
- (٢) التفسير الكبير لفخر الدين محمد بن عمرو بن الحسن الرازى - الطبعة الثانية طهران - دار الكتب العلمية ح ٩ ص ١٨٣ .
- (٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية الطبعة الأولى - الرياض سنة ١٣٨١ هـ - ح ٢٨ ص ١٠٤ ، وأخرجه الإمام أبو داود بلفظ آخر في حديث طويل ، وفيه أن صاحب الشجرة هو سحرة بن جندب وصاحب البستان رجل من الأنصار ، جاء في آخره ، فقال النبي ﷺ : « أنت مضار » وقال الرسول ﷺ (ﷺ) للأنصارى إذهب فاقلع نخله .
- ستن أبى داود يشرحه بذل انجيهود . للحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني - الهند - مطبعة ندوة العلماء سنة ١٣٩٢ هـ ، والمصدر نفسه بشرح عون المعبود - الطبعة الثالثة - دار الفكر - بيروت سنة ١٣٩٩ هـ سنة ١٩٧٩ م ح ١٥ ص ٣٢١ وما بعدها .

المطلب الثاني

في شرح القاعدة الثانية : الضرورات تبيح المحظورات

هذه قاعدة شرعية أخذت من قوله تعالى : عقب ذكر المحرمات في سورة المائدة « فمن أضر في مَحْمُصَةٍ غير مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ »^(١) ومن قوله تعالى أيضاً في سورة البقرة : « فمن أضر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم »^(٢) ومن قوله جل شأنه في سورة الأنعام : « فمن أضر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم »^(٣) ومن قوله أيضاً جل شأنه في سورة النحل : « فمن أضر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم »^(٤) وقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه »^(٥) وقوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان »^(٦) .

فالمضطر أبيض له في حال الضرورة أن ينال من المحرم بقدر ما يدفع عنه الضرورة غير باغ في أكله أو استعماله فوق حاجته ، ولا عاد بأن يجد عن هذه المحرمات مندوحة ويأكلها أو يستعملها فوق الحاجة . قال السدي : غير باغ في أكلها شهوة وتلذذاً ، ولا عاد باستيفاء الأكل إلى حد الشبع^(٧) فهذه القاعدة مستفادة من استثناء القرآن الكريم حالات الاضطرار وذلك في ظروف استثنائية خاصة ، وكذلك قوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » وذلك بأن نطق وأجرى كلمة الكفر على لسانه دون قلبه لينقذ نفسه من الهلاك والتلف الذي يكاد يلحقه ، فاللجوء إلى محظور ، والنطق بكلمة الكفر عن الإكراه مما عفا الله العباد عنه ، وسوغه لهم بإنزال آيات مبيحات في القرآن الكريم تبيح لهم ذلك ، فهذه القاعدة تعتبر من الأصول المحكمة الأصيلة في بناء الفقه الإسلامي . وهي دليل في ذاتها على مرونة الفقه ، ومدى صلاحيته واتساعه لحاجات الناس^(٨) .

(١) الآية رقم ٣ سورة المائدة .

(٢) الآية رقم ١٩٣ سورة البقرة .

(٣) الآية رقم ١٤٥ سورة الأنعام .

(٤) الآية رقم ١١٥ سورة النحل .

(٥) الآية رقم ١١٩ سورة الأنعام .

(٦) الآية رقم ١٠٦ سورة النحل .

(٧) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٨) القواعد الفقهية على أحمد النودي، الطبعة الأولى دار القلم دمشق ص ٢٧١ .

والضرورات في اللغة جمع الضرورة مأخوذ من الاضطراب وهو الحاجة الشديدة . واخطورات : جمع محظور وهو الحرام المنهى عن فعله — على ذلك يكون معنى القاعدة أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة^(١) من الأحكام التي تتعلق بفعل المكلف ، حكم يتعلق به أولاً وبالذات مقاصد أخروية وهي إما عزيمة وإما رخصه وهذه القاعدة تتعلق بالرخص الشرعية ، وهذه الرخص التي تخرج على قاعدة الضرورة أنواع منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه وسنبين ذلك —

النوع الأول : — نوع يفيد إباحة المرخص به مادامت حالة الضرورة قائمة وذلك كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عن الجماعة ، وأكل لحم الخنزير وإساعة اللقمة بالخمير عند الغصة أو العطش أو عند الإكراه التام بقتل أو قطع عضو ، لأن الإضطراب كما يتحقق بالجماعة يتحقق بالإكراه التام لا الناقص . فهذه الأشياء تباح عند الإضطراب لقوله تعالى : « إلا ما اضطررتم إليه » أي دعتمكم شدة الجماعة لأكلها ، والإستثناء من التحريم إباحة ، فيباح التناول ويحرم الإمتناع ، حتى لو امتنع حتى مات أو قتل كان آثماً ، لأنه بالإمتناع صار ملقياً بنفسه إلى التهلكة ، وقد نهانا الله عن ذلك بقوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً »^(٢) .

النوع الثاني : — نوع من الرخص لا تسقط حرمة بحال ، بمعنى لا ترفع الضرورة عنه صفة التحريم ، أي أن الفعل يبقى حراماً ورخص في الإقدام عليه لحالة الضرورة ، ويرفع الإثم فقط عن فاعله المضطر . فهو كالمباح من جهة سقوط الإثم عن فاعله ، وكالمحرم من جهة بقاء صفة التحريم فيه . ومثلوا لهذا النوع بالكفر عند الإكراه عليه ، بمعنى إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان ، وباتلاف مال الغير عند الاضطراب^(٣) فهذه الأفعال في نفسها محرمة مع ثبوت الرخصة ، فأثر الرخصة في تغيير حكم الفعل وهو المؤاخذة فقط — لا في تغيير وصفه —

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية الأتماسي ص ٥٥ .

(٢) الآية ٢٩ سورة النساء .

(٣) تيسير التحرير في أصول الفقه للشيخ محمد أمين الشهير بأمير باد شاه حد ٢ ص ٢٨٧ ، وتسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد عبد الرحمن عبد الخلاوي ، مطبعة مصطفى الباقى الحلبي سنة ١٣٥٥ هـ ص ٢٥٠ وما بعدها .

النوع الثالث: - أفعال لا تباح بحال ولا يرخص فيها أصلاً ، لا بالإكراه التام ولا غيره ، كقتل المسلم أو قطع عضو منه أو الزنا فهذه الأفعال لا يباح الإقدام عليها ولا ترتفع المؤاخذة ولا الإثم لو فعل مع الإكراه . فهذا النوع لا يرفع المؤاخذة ولا الصفة ولا الضمان ولكن يدرأ الحد بالشبهة^(١) وهذا في رأى البعض . وذهب الفقيه أبو اسحاق الشاطبي في موافقاته ، إلى أن الضرورة تستدعي الترخيص ، وحكم الرخصة إباحة المحظور الذي تتعلق به بنزع صفة التحريم عنه ، وليس حكمها رفع الإثم فقط مع بقاء المحظور على وصفه من التحريم^(٢) . ومعنى ذلك أن الشاطبي ، لا يقر بالتقسيم السابق . وقد استدلل الشاطبي لقوله بجملة أدلة ثم أورد على نفسه إعتراضاً ، بأن العلماء نصوا على وجوب تناول المضطر الميتة إذا خاف على نفسه من الهلاك ، وهذا يدل على وجوب الأخذ بالرخصة التي دعت إليها حالة الضرورة فلا يكون حكمها إذن الإباحة دائماً ، فأجاب رحمه الله على هذا الاعتراض بقوله : « إن المضطر الذي لا يجد من الحلال ما يحفظ به نفسه رخص له في أكل الميتة قصداً لرفع الحرج عنه ، وحفظاً لنفسه من ألم الجوع . فإن خاف التلف وأمكنه تلافى نفسه بأكلها كان مأموراً بإحياء نفسه لقوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم »^(٣) . ومعنى كلام الشاطبي أن أكل الميتة للمضطر ينظر إليه من جهتين :

الأولى: - من جهة أن الشارع أذن له فيه بعد المنع منه ، ومن هذه الجهة يعتبر مباحاً على وجه الترخيص ، فالإباحة إذن هي حكم الرخصة التي استدعتها حالة الضرورة .

الثانية: - وينظر إليه من جهة أنه إحياء للنفس فيكون واجباً ، لأن إحياء النفس مأمور به للآية التي ذكرها : فالوجوب في نظره مستفاد من دليل آخر ، لا أنه حكم الرخصة هنا .

ومهما يكن من الاختلاف في أمر هذا التكييف الفقهي ، لحكم ما تدعو

(١) مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ح ٥٦ .

(٢) الموافقات لأبي اسحق الشاطبي ، مطبعة مصطفى محمد بالقاهرة ح ٢ ص ٣٠٧ .

(٣) الآية ٢٩ سورة النساء .

إليه الضرورة فإن الاتفاق حاصل على أن المضطر مأذون له شرعاً بتناول الميتة ونحوها مما هو محظور عليه في الأصل نظراً لحالة الضرورة التي هو فيها ، وكذلك الاتفاق حاصل على وجوب الأخذ بما تدعوا إليه الضرورة في بعض الأحيان — كأكل الميتة للمضطر — سواء أقلنا أن هذا الوجوب هو حكم الضرورة في هذه الحالة ، أو قلنا أن حكمها هو الإباحة وإنما الوجوب مستفاد من دليل آخر .

المطلب الثالث

في

شرح القاعدة الثالثة : يرتكب أخف الضررين لدفع أعظمهما

هذه القاعدة من القواعد المشهورة في الفقه الإسلامي ، وقد وردت في كتب الفقهاء بصيغ قد تختلف في بعض الألفاظ ولكنها جميعاً تتفق وتتحد في المعنى والمضمون ومثل ذلك قولهم : « إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما » وقولهم : « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » وقولهم : « يختار أهون الشرين ، أو أخف الضررين »^(١) . فهذه القواعد السابقة متحدة المعنى . أي أن الأمر إذا دار بين ضررين ، أحدهما أشد من الآخر فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد . والأصل في هذه القواعد قولهم : « إن من ابتلى بيليتين — وهما متساويتان — يأخذ بأيهما شاء ، وإن اختلفتا يختار أهونهما ، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة »^(٢) . فهذه القواعد المذكورة — التي تباينت الفاظها وصيغها واتحدت معانيها ومؤداها — هي القواعد المتفرعة المنبثقة من القاعدة الشرعية الفقهية المشهورة : « جلب المصالح ودرء المفاسد » . وإن الشريعة المطهرة هي الميزان في تقدير المصالح والمفاسد . ثم الاعتبار بجتهاد الفقهاء المحققين في هذا الباب . يقول الإمام بن تيمية — رحمه الله — تحت عنوان القاعدة العامة : « إذا تعارضت المصالح والمفاسد ، والحسنات والسيئات ، أو تراخمت ، فإنه يجب ترجيح الراجح منها ، فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد وتعارضت المصالح والمفاسد ؛ فإن الأمر والنهي وإن كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر في المعارض له ، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأموراً به ، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته ؛ لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة ؛ فمتى قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها ، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر ... »^(٣) . وفي القرآن الكريم عدة آيات فيها الحث والتوجيه إلى مثل

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٧ ، خاتمة مجامع الحقايق لأنى سعيد محمد بن محمد الخادمي ، طبعة سنة ١٣٠٨ هـ — المطبعة العامرة — استانبول فقره ٣١١ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ، ص ٨٩ .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية ج ٢٨ ص ١٢٩ .

هذه القاعدة ، ومن هنا كانت القاعدة من الدعائم التي يبنى عليها كثير من الأحكام العملية ، يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام : « إذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك ، امثالاً لأمر الله تعالى فيها لقوله تعالى : « فاتقوا الله ما استطعتم »^(١) . وإن تعذر الدرء والتحصيل ، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة ، درأنا المفسدة ولا تبالى بفوات المصلحة ... »^(٢) . هذا ومن الأدلة النصية الدالة على إعمال هذه القواعد : قوله تعالى في سورة البقرة : « يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير وصد عن سبيل الله وكفر به والمسجد الحرام وإخراج أهله منه أكبر عند الله والفتنة أكبر من القتل »^(٣) ففي هذه الآية الكريمة أوحى الله في القرآن الكريم ؛ إلى أن ما نقمه الكفار على المسلمين من قتال في الشهر الحرام ، وإن كان مفسدة ، فما أنتم عليه من الصد عن سبيل الله ، والكفر به وبسبيل هداه ، وبالمسجد الحرام ، وصدكم عنه . وإخراج أهله منه ، أكبر عند الله ، وفتنتكم المؤمنين بشديد الأذى محاولين إرجاعهم إلى الشرك أكبر من القتال في الشهر الحرام »^(٤) وقد ذكر الإمام صلاح الدين العلائي هذه القاعدة في قواعده بعنوان : « احتمال أخف المفسدتين لدفع أعظمهما » وقال : « وأصل هذه القاعدة قصة الحديبية ، ومصالحة النبي ﷺ يومئذ المشركين على الرجوع منهم ؛ وإن جاء أحد من أهل مكة مسلماً ، رده إليهم : ومن راح من المسلمين لا يردونه ، وكان في ذلك إدخال ضيم على المسلمين وإعطاء الدنيا في الدين . ولذلك استشكله عمر — رضي الله عنه — لكنه احتمل لدفع مفسد أعظم منه ، وهي قتل المؤمنين والمؤمنات ، انذين كانوا حاملين بمكة ، ولا يعرفهم أكثر الصحابة ، وفي قتلهم معرفة عظيمة على المؤمنين ، فاقتضت المصلحة احتمال أخف المفسدتين لدفع أقواهما . وإلى هذا يشير قوله تعالى : « لولا رجال مؤمنون ونساء مؤمنات لم تعلموهم أن تطؤهم فتصيبكم منهم مَعْرَةٌ بغير علم »^(٥) . فلما قدّر الله تمييز المؤمنين المستضعفين بمكة ،

(١) الآية ١٦ سورة التغابن .

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للجز بن عبد السلام . ج ١ ص ٨٢ .

(٣) آية رقم ٢١٧ سورة البقرة .

(٤) القواعد الحسان لتفسير القرآن طبعة الرياض مكتبة المعارف سنة ١٤٠٢ هـ ص ١٢٠ .

(٥) الآية ٢٥ سورة الفتح .

وخروجهم من بين أظهر المشركين ، سلط الله تعالى حينئذ رسوله ﷺ —
والصحابه — رضوان الله عليهم — على أهل مكة ؛ فافتتحوها كما قال تعالى :
« لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذاباً أليماً » (١) .

وهذا ما استدل به الإمام عز الدين بن عبد السلام في قواعده في استنباط
هذه القاعدة (٢) . وكذلك جميع ما وقع في صلح الحديبية من هذا القبيل من
الترام بتلك الشروط الصعبة التي ظاهرها ضرر وخفة على المسلمين ، ولكن
تبين لهم في النهاية أنها كانت عين المصلحة لهم وذريعة إلى الفوز بالفتح المين .
وقد ساق الإمام عز الدين بن عبد السلام أمثلة متنوعة تتصل بهذه القاعدة
يقول في بعض المواضع شرحاً لهذه القاعدة : « التيممة مفسدة محرمة ، لكنها
جائزة أو مأمور بها ، إذا اشتملت على مصلحة للمنموم إليه » .

ويدل على ذلك كله قوله تعالى : « وجاء رجلٌ من أقصا المدينة يسعى قال
يا موسى إن الملأ يأتمرون بك ليقتلوك ... » (٣) . وكذلك ما نقله أصحاب
رسول الله ﷺ — عن المنافقين (٤) . هذه نبذة من الأدلة من كتاب الله
الكريم فيما يخص هذه القاعدة الجليلة . وهناك جملة من الأحاديث النبوية
الشريفة فيها إجماع إلى هذه القاعدة ، منها قصة الأعرابي الذي بال في ناحية من
المسجد وتركه الرسول (ﷺ) وشأنه حتى فرغ . وإليك ما روى الإمام
البخارى في صحيحه :

١ — عن عبد الله بن عتبة أنه سمع أبا هريرة يخبر : أن أعرابياً بال في
المسجد ، فثار إليه الناس ليقعوا به ، فقال لهم رسول الله ﷺ : « دعوه
وأهريقوا على بوله ذنوباً من ماء — أو سجلاً من ماء — فإنما بعثتم ميسرين ولم
تبعثوا معيسرين » (٥) وما رواه مسلم في صحيحه .

٢ — عن يحيى بن سعيد أنه سمع أنس بن مالك يذكر : أن أعرابياً قام إلى

-
- (١) من الآية ٢٥ سورة الفتح .
(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ح ١ ص ٨١ .
(٣) الآية رقم ٢٠ سورة القصص .
(٤) قواعد الأحكام للعزيز بن عبد السلام ح ١ ص ١١٤ وما بعدها .
(٥) فتح الباري شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلاني طبعة دار الكتب العلمية — بيروت ترقيم
محمد فؤاد عبد الباقي ح ١٠ ص ٦٤٣ .

ناحية في المسجد ، فبال فيها ، فصاح به الناس ، فقال رسول الله ﷺ « دعوه فلما فرغ ، أمر رسول الله ﷺ بذنوب فصبت على بوله » (١) .

قال الإمام النووي في شرح الحديث : « وفيه الرفق بالجاهل ، وتعليمه ما يلزمه من غير تعنيف ولا إيذاء ، إذا لم يأت بالمخالفة استخفافاً أو عناداً ، وفيه : « دفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما » بقوله ﷺ « دعوه » لمصلحتين : إحداهما : أنه لو قطع عليه بوله لتضرر ، وأصل التنجيس قد حصل ، فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضرر به ، الثانية : أن التنجيس قد حصل في جزء يسير من المسجد ، فلو أقاموه في أثناء بوله لتنجست ثيابه وبدنه ، ومواضع كثيرة من المسجد » (٢) . هذه الأدلة التي وردت في الكتاب والسنة المطهرة ، تمثل روعة التشريع الإسلامي في رفع الحرج وإزالة الضرر عن العباد . وتخرج على هذه القاعدة مسائل هامة في الفقه الإسلامي وإليك بعض الأمثلة لتبير جوانب الموضوع :-

١ - يقول الإمام قاضيخان : « ومن ابتلى بين أن يؤدي بعض الأركان مع الحدث أو بدون القراءة وبين أن يصلي بالإيماء تتعين عليه الصلاة بالإيماء ، لا يجزيه إلا ذلك . لأن الصلاة بالإيماء أهون من الصلاة مع الحدث أو بدون القراءة ؛ لأن الأول يجوز حال الاختيار وهو التطوع على الدابة ، والصلاة مع الحدث أو بدون القراءة لا يجوز إلا بعذر . والمبتلى بين الشرين يتعين عليه أهونهما » (٣) .

٢ - يجوز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم ، كما تجوز طاعة الأمير الجائر ، إذا كان يترتب على الخروج عليه شر أعظم (٤) .

٣ - يجوز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته بأن كان يضطرب ويتحرك ، وفي هذا إنقاذ لحياة معصوم ، وهي مصلحة أعظم من مفسدة إنتهاك حرمة الميت (٥) .

-
- (١) صحيح مسلم مع شرح النووي طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت ح ٣ ص ١٩٠ .
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي المرجع السابق ح ٣ ص ١٩٠ وما بعدها .
(٣) الفتاوى الخانية لفخر الدين حسن بن منصور الشهير بقاضيخان - مطبوع بهامش :فتاوى الهندية - الطبعة الثانية - مصر - المطبعة الكبرى ببولاق سنة ١٣١٠ هـ ح ١ ص ١٧٣ .
(٤) شرح القواعد الفقهية أحمد بن محمد الزرقا دار الغرب الاسلامى ص ١٤٧ .
(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٩٧ .

٤ — لو ابتلعت دجاجة شخص لؤلؤة ثمينة لغيره فلصاحب اللؤلؤة أن
يتملك الدجاجة بقيمتها ليدبحها^(١).

٥ — لو تترس الكفار بصبيان المسلمين أو بالأسارى من المسلمين فى
الحرب جاز رميهم ويقصد الكفار^(٢).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٧ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج ٢٨ ص ٥٣٨ .

المطلب الرابع في

شرح القاعدة الرابعة : يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

هذه القاعدة تدخل ضمننا في القواعد الثلاث السابقة ، وإن كانت أخص منها موضوعاً ، وهي قاعدة مهمة على المقاصد الشرعية في مصالح العباد ، استخرجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص التشريعية المتكاثرة من الكتاب والسنة كما سلف بيانها . فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم ، فكل ما يؤدي إلى الإخلال بواحد منها فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن ، وفي سبيل تأييد مقاصد الشرع يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص ، وهذه الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال^(١) وحد الزنا والقذف وصيانة للأعراض وحد الشرب حفظاً للعقول ، والقصاص وقتل المرتد صيانة للأنفس والأديان ، على أن هذه القاعدة تجري في كل مسألة تتراوح بين ضررين خاص وعام ، فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، وقد وردت هذه القاعدة في « تيسير التحرير » بالصيغة التالية : « دفع الضرر العام واجب بإثبات الضرر الخاص »^(٢) .

وبناء على هذه القاعدة أفتى بعض الفقهاء بمنع الطيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمكاري المفلس^(٣) من مزاولتهم مهنتهم ، خشية الضرر من الأول في الأبدان ، ومن الثاني في الدين ، ومن الثالث في الأموال^(٤) . كذلك من هذا القبيل : قتل الساحر المضر ، والكافر المضل ؛ لأن الأول يفتن الناس ؛ والثاني يدعوهم إلى الكفر ويهدم عليهم دينهم ، فيتحمل الضرر الأخص لدفع الضرر الأعم^(٥) . ومنها : إذا كانت الأبنية آيلة للسقوط والإندمام ، يجبر صاحبها على

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص ٨٧ ، وأشباه السيوطي ص ٨٧ .

(٢) تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير في أصول الفقه محمد أمين الحسيني ص ٢٠١ .

(٣) وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الدواب ، وليس له ظهر يحمل عليه ، ولا مال يشتري به الدواب — المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

(٥) شرح المجلة العدلية للأتاسي ، محمد ظاهر ومحمد خالد الطبعة الأولى حمص سنة ١٣٤٩ هـ ص ١

هدمها خوفاً من وقوعها على المارة (١).

وكذا يجوز تسعير قيم الحاجات ، منعاً لاتفاق الباعة على بيع الحوائج بالعين الفاحش والأضرار. بعامة الناس (٢).

(١) ابن نجيم في الأشباه والنظائر ص ٩٦ .
(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم — مطبعة السنة المحمدية ص ٢٤٣ .

المطلب الخامس

في

شرح القاعدة الخامسة : الضرورة تقدر بقدرها

من القواعد المكتملة للقواعد السابقة قولهم : « ما جاز للضرورة يتقدر بقدرها » وهذه القاعدة مستفادة من قوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد » (١) الآية

والباغى : هنا آكل الميتة فوق الحاجة ، والعادى : أكلها مع وجود غيرها ، وهذا لا يجوز عند البعض ، لأن الشرط عندهم : غير متجاوز حد الضرورة إلى حد الاختيار ، بل يفعل من الفعل المحرم بقدر ما تندفع به الضرورة دون زيادة ولا اسراف (٢) ومن جاوز الحد اعتبر باغياً وهذا منهي عنه بصريح الآيات الواردة في القرآن الكريم . هذا ويترتب على هذه القاعدة مسائل : منها : أن اليمين الكاذبة لا تباح للضرورة وإنما يباح التعريض لاندفاع الضرر به .

ومنها : أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق .

ومنها : أن المرضعة إذا ظهر بها حبل وانقطع لبنها وليس لأب الصغير ما يستأجر به مرضعة ، ولم يمكن استغناء الطفل بغير ثدى أمه وخيف هلاك الولد ، قالوا : يباح أن تعالج المرضعة في استنزال الدم مادام الحمل نطفة أو علقة أو مضغة لم يخلق له عضو ، وقدرت تلك المدة بمائة وعشرين يوماً ، وإنما أبيع هنا إفساد الحمل لأنه ليس بأدمى فيباح لصيانة الأدمى ، ولكن لا يجوز بعد مضي مائة وعشرين يوماً لأنه يكون قتل نفس محترمة لصيانة نفس أخرى (٣) .

ومنها : أن الكفار في حال الحرب إذا ترمسوا بالمسلمين أو بنوا معسكرات

(١) الآية ١٧٣ سورة البقرة « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » الآية .

(٢) أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر -

تحقيق على محمد الجبالي ح ١ ص ٥٧ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤ .

لم يبين المسلمون ، فلا بأس بالرمي عليهم لضرورة إقامة فرض الجهاد ، لكن يقصد بالرمي الكفار دون المسلمين (١).

ومنها : إذا اضطر محارب في دار الحرب إلى الطعام ، أخذ من الغنيمة قبل القسمة على سبيل الحاجة . أما بعد الخروج من دار الحرب لا يجوز له ذلك ويرد ما فضل منه .

ومنها : جواز النظر للطبيب إلى عورة المرأة بقدر الحاجة عند المعالجة للضرورة (٢).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية حـ ٢٨ ص ١٣٧ .
(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني حـ ١٠ ص ١٦٨ دار الكتب العلمية .

المطلب السادس

في

شرح القاعدة السادسة : المشقة تجلب التيسير

هذه القاعدة تعتبر أصل عظيم من أصول الشرع ؛ ومعظم الرخص منبثقة عنه ، بلذاتها من الدعائم والأسس التي يقوم عليها صرح الفقه الإسلامي . فهي قاعدة فقهية وأصولية عامة ؛ وصارت أصلاً مقطوعاً به لتوافر الأدلة عليها^(١) .

والمشقة في اللغة : التعب من قوله تعالى : « لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس »^(٢) أى بتعبها . ومن معاني المشقة والإنكسار والجهد والعناء . والتيسير في اللغة السهولة والليونة يقال : يسر الأمر إذا سهل ولأن ومنه الحديث الشريف : « إن الدين يسر »^(٣) أى سهل سمح قليل التشدد واليسر ضد العسر . والمعنى اللغوي الإجمالي على ذلك : « أن الصعوبة والعناء تصبح سبباً للتسهيل »^(٤) والمعنى الشرعي الإصطلاحي للقاعدة : « أن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله ، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج »^(٥) . قال الإمام الشاطبي — رحمه الله : « إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع »^(٦) . وهذه القاعدة فيها تفسير للأحكام التي روعي فيها التيسير والمرونة ، وأن الشريعة لم تكلف الناس بما لا يستطيعون ، أو بما يوقعهم في الحرج ، وبما لا يتفق مع غرائزهم وطبائعهم ، وأن المراعاة والتيسير والتخفيف مرادة ومطلوبة من الشارع الحكيم .

هذا وقد دل على هذه القاعدة ، وعلى بعض القواعد الفرعية الأخرى — التي هي امتداد لهذه القاعدة الجليلة — نصوص من الذكر الحكيم ، وأحاديث النبي الكريم ﷺ . نبين هنا نبذة باختصار تام . فمن الآيات الكريمة :

(١) القواعد الفقهية للأستاذ على أحمد الندوي ، ص ٢٦٥ .

(٢) الآية رقم ٧ سورة النحل .

(٣) صحيح البخاري ح ١ ص ١٦ مطبوعات دار الشعب .

(٤) شرح المجلة العدلية لأتاسي ص ٤٩ وما بعدها .

(٥) المرجع السابق ص ٥٠ يتصرف .

(٦) الموافقات للشاطبي ح ١ ص ٢٣١ .

- ١ — قوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » (١) .
- ٢ — قوله تعالى : « لا يكلف الله نفساً إلى وسعها » (٢) .
- ٣ — قوله تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » (٣) .
- ٤ — قوله تعالى : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » (٤) .
- ٥ — قوله تعالى : « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم » (٥) .
- ٦ — وقوله تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج ... » (٦) .
- ٧ — وقوله تعالى : « ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج » (٧) .

ووجه الدلالة فيها وفيما سواها من الآيات الأخرى — التي تضافرت في هذا الموضوع — أن الشريعة الإسلامية تتوخى دائماً رفع الحرج عن الناس ، وليس في أحكامها ما يجاوز قوى الإنسان الضعيفة . وهذه النصوص دلت على ذلك لعموم معناها . وانطلاقاً منها استنبط الفقهاء هذه القاعدة ، وجعلوها بمثابة نبراس يستضيئون به عند النوازل والوقائع ، ويعالجون كثيراً من المسائل والقضايا على أساسها . وقد جاء في تفسير المنار عند قوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » : « أن الآية تشعر بأن الأفضل أن يصوم إذا لم يلحقه مشقة أو عسر ، لانتفاء علة الرخصة ، وإلا كان الأفضل أن يفطر لوجود علتها .. ذلك بأن الله لا يريد إعنات الناس بأحكامه ، وإنما يريد اليسر بهم وخيرهم . وهذا أصل في الدين يرجع إلى غيره ، ومنه أخذوا قاعدة : « المشقة تجلب التيسير » (٨) .

(١) سورة البقرة الآية ١٨٥ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٨٦ .

(٣) الآية رقم ٢٨ سورة النساء .

(٤) الآية رقم ٦ سورة المائدة .

(٥) الآية ١٥٧ سورة الأعراف .

(٦) الآية ٧٨ سورة الحج .

(٧) الآية ٦١ سورة النور .

(٨) تفسير المنار للسيد رشيد رضا — مطبعة المنار بالقاهرة سنة ١٣٧٣ هـ — ج ٢ ص ١٦٤ .

أما في مجال السنة المطهرة ، إذا تصفحت الأحاديث ، وجدت كثيراً منها تصرح أو تشير إلى معاني هذه القاعدة الشرعية . وليس أدل على ذلك من أن الرسول ﷺ وصف هذا الدين بالحنيفية السمحة . فهناك روايات وردت بهذه الصيغة ، أجودها : « إن الدين عند الله الحنيفية السمحة لا اليهودية ولا النصرانية » (١) . م « وسمي — أي الدين — بالحنيفية ، لما فيها من التسهيل والتيسير » (٢) .

وجاء في حديث أسامة بن شريك التغلبي — رضى الله عنه — قال : « أتيت النبي — ﷺ — وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير ، فجاءته الأعراب تسأله عن أشياء فقالوا : هل علينا حرج من كذا ؟ فقال : « عباد الله ! وضع الله الحرج إلا امرءاً اقترض من امرءٍ ظمأً ، فذاك يخرج ويهلك » (٣) . وقد عقد الإمام البخارى — رحمه الله — باباً في صحيحه بعنوان « الدين يسر وقول النبي ﷺ : « أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة » ؛ وتناول فيه ما روى عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « إن الدين يسر ، ولن يُشادَّ الدين أحد إلا غلبه ، فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة » (٤) . قال الإمام ابن حجر — رحمه الله — : « وسمى الدين يُسراً مبالغة بالنسبة إلى الأديان قبله ، لأن الله وضع عن هذه الأمة الإصر الذى كان على من قبلهم ، ومن أوضح الأمثلة له أن توبتهم كانت بقتل أنفسهم . وتوبة هذه الأمة بالإقلاع والعزم والندم » (٥) .

(١) قال الإمام العلاء فى : « المجموع المذهب فى قواعد المذهب » الوجه الثانى : « إن أجود ما رويته فى فوائد أبى عمرو بن منده يستند صحيح عن أبى بن كعب رضى الله عنه قال : « أقرأنى النبي (ﷺ) أن الدين عند الله الحنيفية السمحة ، لا اليهودية ولا النصرانية » . راجع المجموع المذهب فى قواعد المذهب — صلاح الدين خليل العلاء — أصول الفقه — بغداد رقم ٢٥٩ مكتبة مديرية الأوقاف . [مخطوط] أشار إليه على أحمد الندوى ص ٢٦٧ .

(٢) الموافقات للشاطبى ح ١ ص ٢٣٢ .

(٣) أخرجه أبو داود الطيالسى من حديث زياد بن علاقة عن أسامة بن شريك . ورواه عنه أيضاً ابن منيع والطبرانى والدبلى . ورمز السيوطى إلى صحته . انظر فيض القدير شرح الجامع الصغير لمحمد عبد الرؤوف المناوى الطبعة الثانية — دار المعرفة — بيروت سنة ١٣٩١ هـ ح ٢ ص ٤١٨ .

(٤) أخرجه البخارى عن حديث أبى هريرة . صحيح البخارى ح ١ ص ١٦ مطبوعات دار مطابع الشعب .

(٥) فتح البارى شرح صحيح البخارى للعسقلانى ح ١ ص ١٠١ .

ومن هذا الباب ما روى البخارى عن أنس عن النبي - ﷺ - أنه قال : « يسروا ولا تُعسروا وبشروا ولا تنفروا » (١) وعن عائشة - رضى الله عنها - قالت : « كان رسول الله ﷺ إذا أمرهم ، أمرهم بما يطيقون » (٢) وتفصيل هذا المعنى نجده فيما روى عنها : أن النبي ﷺ دخل عليها ، وعندها امرأة ، قال : « من هذه ؟ » قالت : فلانة تذكر من صلاتها ، قال : « مة عليكم بما تطيقون ، فوالله لا يميل الله حتى تملوا ، وكان أحب الدين إليه ما دأوم عليه صاحبه » (٣) . وعن جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - قال : « كان رسول الله ﷺ في سفر ، فرأى زحاما ، ورجلا قد ظلل عليه ، فقال : ما هذا ؟ قالوا : صائم ، قال : « ليس من البر الصيام في السفر » ؛ وفي رواية أخرى : « وعليكم برخصة الله التي رخص لكم » (٤) . قال الإمام ابن دقيق العيد في شرح هذا الحديث : « قوله عليه الصلاة والسلام : عليكم ... لكم » دليل على أنه يستحب التمسك بالرخصة إذا دعت الحاجة إليها ، ولا تترك على وجه التشديد على النفس والتقطع والتعمق . وهكذا يتبين من نصوص السنة المتكاثرة التخفيف والتيسير ، وأن رفع المشقة هو قطب الرحى الذى يحوم حوله كثير من أحكام الإسلام . ولم يقف الأمر عند هذا الحد ، بل إن النبي ﷺ ، كثيراً ما كان يترك الأمر مخافة أن تكون فيه مشقة على أمته . وظهرت هذه الرأفة في أروع مظاهرها . فمن الأحاديث الجليلة في هذا المعنى : « ولولا أن أشق على أمتي ما قعدت خلف سرية ، ولوددت أنى أقتل في سبيل الله ثم أحيأ ثم أقتل ثم أحيأ ثم أقتل » (٥) .

ثالثاً : ما ثبت من مشروعية الرخص في الإسلام : وهذا أمر مقطوع به ، ومما علم في دين الأمة بالضرورة ، كرخص القصر والفطر والجمع وتناول المحرمات ، فإن هذا نمط يدل قطعاً على رفع الحرج والمشقة ، وكذلك ما جاء في النهي عن التفتيح والتكلف وعن كل ما يسبب الإنقطاع عن دوام الأعمال

(١) صحيح البخارى ج ١ ص ٢٧ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ١٧ .

(٣) صحيح البخارى - ج ٢١ ص ٦٨٧ حديث رقم ١٨٤٤ طبعة دار القلم - بيروت .

(٤) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام محمد بن على الشهرى بأبن دقيق العيد إدارة الطباعة المنيرية -

القاهرة سنة ١٣٤٠ هـ - تصوير دار الكتب العلمية - بيروت ج ٢ ص ٢٢٥ .

(٥) صحيح البخارى ج ١ ص ١٥ ، ص ١٦ .

ولو كان الشارع قاصداً للمشقة من التكليف لما كان ثم ترخيص ولا تخفيف^(١).

رابعاً : الإجماع على عدم وقوع التكليف بالشاق : وهو يدل على عدم قصد الشارع إليه^(٢) والأدلة على سماحة الشريعة أكثر من أن تخصي فأحكام الشريعة كلها مبنية على التيسير ومصالح العباد ، وكيف لا تكون وهي الشريعة السمحة التي جعل الشارع الحكيم من أهم مقاصدها مصلحة العباد في دنياهم وأخراهم ودرء المفاسد عنهم . فحرصاً على مصلحة العباد ودفعاً للمشقة العظيمة عنهم أباح الشارع الحكيم النظر إلى عورة المرأة الأجنبية للطبيب بقصد العلاج ، ومنها إباحة أربع نسوة تيسيراً على الرجل وعلى النساء لكثرتهم ، ومشروعية الطلاق لما في إبقاء الزوجية مع التنافر من المشقة ، ومشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيراً على المكلفين وسائر الرخص التي شرعها الله تيسيراً على عباده وهو المقصود من هذه القاعدة التي نحن بصددتها^(٣).

(١) المستصفى في علم الأصول للغزالي ج ١ ص ٩٨ وما بعدها دار الكتب العلمية .
(٢) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت - بحب الله بن عبد الشكور الطبعة الثانية - دار الكتب العلمية سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م - بيروت - لبنان ج ١ ص ١٢٣ .
(٣) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ١٢١ ، وما بعدها - بتصرف .

المطلب السابع

في

شرح القاعدة السابعة : الأمر إذا ضاق اتسع

هذه القاعدة مأثورة عن الإمام الشافعي - رحمه الله - (١) ولقد قال الإمام عز الدين بن عبد السلام منوها بهذه القاعدة : « هذه الشريعة مبنية على أن الأشياء إذا ضاقت اتسعت » (٢) . ونذكر قاعدة أخرى بجانب هذه القاعدة وهي : « إذا اتسع الأمر ضاق » (٣) وجمع الإمام الغزالي بين القاعدتين في قوله : « كل ما جاوز الأمر حده انعكس إلى ضده » .

فهاتان القاعدتان متقابلتان ، ومعناهما : « أنه إذا ظهرت مشقة في أمر فيرخص فيه ، فإذا زالت المشقة عاد الأمر إلى ما كان » . أي أنه إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة ، أو طرأ ظرف استثنائي أصبح معه الحكم الأصلي للحالات العادية محرراً للمكلفين ومرهقاً لهم حتى يجعلهم في ضيق من التطبيق ، فإنه يخفف عنهم ويوسع عليهم ، حتى يسهل مادامت تلك الضرورة قائمة ، فإذا انفرجت الضرورة وزالت عاد الحكم إلى أصله . وهذا معنى « إذا اتسع ضاق » . فالقاعدة الثانية : « إذا اتسع الأمر ضاق » تعتبر بمثابة قيد للقاعدة الأولى ، لأنه إذا دعت المشقة إلى اتساع الأمر ، فإنه يتسع إلى غاية اندفاع المشقة ؛ ثم يعود الأمر إلى مجراه السابق بعدما تزول تلك المشقة (٤) . وهاتين القاعدتين أدلة كثيرة من الكتاب والسنة نذكر منها : -
قوله تعالى : « وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يقتكم الذين كفروا إن الكافرين كانوا لكم عدواً مبيناً » إلى أن قال : « فإذا اطمأنتم فأقيموا الصلاة إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً » (٥) ففي هذه الآيات دليل على أن الله سبحانه وتعالى خفف عن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ ، وأشباه السيوطي ص ٨٣ .

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ح ٢ ص ١١٣ ، ص ١٦٦ .

(٣) المنشور في القواعد ليدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الطبعة الأولى مؤسسة الخليج للطباعة والنشر - الكويت . تحقيق تيسير فائق أحمد محمود سنة ١٤٠٢ هـ سنة ١٩٨٢ م ح ١ ص ٩٣ .

(٤) القواعد الفقهية لعل أحمد الندي ص ٣٥٧ ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص ١٤٠ .

(٥) الآيات ، ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٣ من سورة النساء .

المؤمنين في حال الخوف فأباح لهم قصر الصلاة وتغيير كيفية أدائها وشرع صلاة الخوف وبعد ذلك أمرهم سبحانه وتعالى عند الإطمئنان وزوال حالة الخوف بإتمام الصلاة وأدائها على كيفيةها الأصلية .

ثانياً :- من السنة :

ما أخرجه أبو داود عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت : سمعت عائشة تقول : « دف ناس من أهل البادية حضرة الأضحى في زمان رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ : « إدخروا الثلث وتصدقوا بما بقي » قالت : فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله ﷺ يارسول الله . لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم ويجمعون منها الودك ويتخذون منها الأسقية فقال رسول الله ﷺ : « وما ذاك ؟ أو كما قال قالوا : يارسول الله نبيت عن إمساك لحوم الأضاحي بعد ثلاث فقال رسول الله ﷺ : « إنما نبيتكم من أجل الدافة التي دفت عليكم فكلوا وتصدقوا وادخروا »^(١) وفي رواية عن نبيشة قال : قال رسول الله ﷺ : « إنا كنا نبيتكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث لكي تسعكم فقد جاء الله بالسعة فكلوا وادخروا واتجروا »^(٢) فقد نهى ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث أو فوق الثلث لما ضاق الأمر للحاجة ، فلما اتسع الأمر وزالت الحاجة رجع الأمر إلى أصله فأباح لهم الإدخار والإنفعا كما كانوا قبل ذلك .

سئل الإمام الشافعي عن الأواني المعمولة بالسرجين ، أيجوز الوضوء منها ؟ . فقال : إذا ضاق الأمر اتسع . قال الزركشي تعليقاً على ذلك : ويؤخذ من هذه العبارة أن من وجد غيرها من الأواني الطاهرة لا يجوز له استعمالها . ومن لم يجد غيرها جاز له استعمالها للحاجة ، كأواني الذهب والفضة يجوز استعمالها عند الحاجة^(٣) . ومن فروعها أيضاً : « أن المديون إذا كان معسراً ، ولا كفيل له بالمال ، يترك إلى وقت الميسرة^(٤) . وذلك لقوله تعالى : « وإن كان ذو

(١) رواه أبو داود في باب حبس لحوم الأضاحي حديث رقم ٢٨١٢ ح ٣ ص ٩٩ .

(٢) سنن أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ح ٣ ص ١٠٠ .

(٣) المنثور في القواعد للزركشي ح ١ ص ١٢١ ويقصد بالحاجة هنا الضرورة .

(٤) شرح المجلة العدلية للأناسي ح ١ ص ٥١ .

عسرة فنظرة إلى ميسرة» (١) . وأيضاً : فالتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج من بيتها أيام عدتها إذا اضطرت للإكتساب (٢) . وجاء في البدائع للكاساني : « أن آبار الفلوات لا حاجز لها على رؤوسها ، ويأتيها الأنعام فتستقى فتبعر ، فإذا يبست الأبعاد عملت فيها الريح فألقتها في البئر ، فلو حكم بفساد المياه لضاق الأمر على سكان البوادي ، وما ضاق أمره اتسع حكمه » (٣) .

(١) الآية رقم ٢٨٠ سورة البقرة .

(٢) الأتاسي - المصدر نفسه ص ٥١ .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفى مطبعة العاصمة - القاهرة ج ١ ص ٢٥٠ .

المبحث الثاني

في

تعلييل الإعفاء من الضرورة في القانون

إن إعفاء الجاني من العقاب في حالة الضرورة ، أمر مسلم به في التشريعات الجنائية الحديثة بصفة عامة ، بل في الشرائع السابقة منذ عهد الرومان ، وإن اختلفت المذاهب في تكييف هذا الإعفاء وأساسه الفقهي ، وفي مدى ما يشمله من صور الضرورة^(١) فمن الفقهاء من يرجع الإعفاء في حالة الضرورة إلى قاعدة حاصلها « أن المشقة تجلب التيسير » ومن الأقوال المأثورة بهذا الشأن « أن الأمر إذا ضاق اتسع » ، والمعنى أنه إذا ضاقت ظروف الواقع بالناس وجب على المشرع أن يوسع عليهم في الأحكام دفعا للمشقة ورفعاً للمحرج^(٢) والضرورة في مفهومها العام تتحقق بمجرد حلول خطر لا يندفع إلا بمحذور ، وهي بهذا المفهوم لا تنقيد بمدى الخطر ولا بمصدره ولا بالحق الذي يهدده ، كما أنها لا تنقيد بتعيين الفعل الذي يدرأ الخطر أو عدم تعيينه ، كذلك فإنه لا عرة فيها بشخص من يتوجه إليه المضطر بفعله .

وهناك من يعلل امتناع المسؤولية في حالة الضرورة بتجرد الإرادة من الحرية : فإذا هدد الخطر المتهم أو شخصاً مقرباً إليه ، فإن غرائزه تسيطر عليه وتدفعه إلى الخلاص من هذا الخطر ، وتوصد أمامه كل طريق آخر لا يكون من شأنه هذا الخلاص ، ومن ثم لا يكون أمامه غير طريق واحد أو طرق معددة لا يملك اختيار سواها^(٣) . أما إذا هدد الخطر شخصاً لا تربطه به صلة كالطبيب يقضى على الجنين انقذاً للأم : أو من يرى شخصاً تحاصره النيران فيستولى على الماء المملوك للغير ليطفئها به ، فإن حرية الاختيار يضيق من الوجهة الإجتماعية نطاقها ، إذ أن تقاليد المهنة أو البيئة أو مجرد الشعور بالتضامن الإجتماعي ، يحمل الشخص على اختيار طريق معين ، ويستبعد عليه اختيار طريق سواه ، ويعنى ذلك أن ارادته لا تتمتع بالحرية في الإختيار على النحو الذي يصلح لتقوم

(١) د . السيد مصطفى السيد في الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٤١٨ .

(٢) د . عوض محمد في قانون العقوبات القسم العام ص ٤٩٨ .

(٣) د . محمود نجيب حسنى في النظرية العامة للجريمة ص ٥٨٥ .

به المسئولية^(١) وهناك آراء كثيرة راجت في الفقه الجنائي زمناً طويلاً تعلق حكم الضرورة بالعودة إلى القانون الطبيعي . والأصل في هذا القانون أن يتولى كل شخص بنفسه حماية حقه بكل وسيلة تسعة ولو كان من شأنها المساس بحق غيره . ويرى أصحاب هذه العلة أنه إذا كان القانون الوضعي قد حل محل القانون الطبيعي وتكفل هو بحماية الحقوق من دونه فإنه مع ذلك لم يقض عليه نهائياً ، ذلك أن القانون الوضعي يعجز في الأحوال الشاذة — ومنها حالة الضرورة — عن توفير تلك الحماية ، وعندئذ تعود للقانون الطبيعي قوته ، فيصبح من حق كل شخص حماية حقه بنفسه ، ولو أصاب في سبيل ذلك حقاً لغيره . ولكن أنتقد هذا الرأي على أساس أنه يقصر مجال القانون الوضعي على أحوال دون أحوال ، وهذا غير صحيح ؛ فالقانون الوضعي في المجتمع المنظم يحكم كل أحواله ، سواء كانت أحوالاً عادية أو شاذة . ولا يصح تفسير حكم الضرورة بأنه تخل من جانب القانون الوضعي عن أداء وظيفته وعوده إلى القانون الطبيعي ، لأن هذا الحكم مقرر في القانون الوضعي ذاته وبنص صريح^(٢) ويذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى تعليل حكم الضرورة بما يعترى المضطر من إكراه معنوي . والمعلوم أن حرية الاختيار تضيق في حالة الإكراه المعنوي بحيث يتعين على المكروه أن يختار أهون الشرين . شر يحق به وشر يحق بغيره ، ولا شك أن أهون الشرين عليه هو ما يصيب غيره . لأن غريزة البقاء تجعل الإنسان مجبولاً على الخلاص مما يهدد حياته من خطر بارتكاب كل ما من شأنه دفع الخطر . والقانون لا يسعه تجاهل الطبيعة البشرية ولا تكليف الناس بما يؤودهم حمله . ويعيب هذا الرأي أنه يقصر عن تعليل حكم الضرورة في بعض صورها ؛ فهو إن صح في الأحوال التي يهدد الخطر فيها شخص المضطر نفسه ، فإنه لا يصح في الأحوال التي ينصب فيها الخطر على غيره^(٣) ومن الفقهاء من يبرر حكم الضرورة بأن السلوك الذي يأتيه

(١) المرجع السابق .

(٢) د . عوض محمد في قانون العقوبات — المرجع السابق ص ٥٠٠ .

(٣) المرجع السابق . وهذا الرأي هو ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ٥٨٥ وفيه دافع سيادته عنه بقوله : « حتى في الأحوال التي يكون الخطر فيها متجهاً إلى الغير فإن حرية الاختيار لدى الفاعل تضيق من الوجهة الاجتماعية لأن تقاليد المهنة أو البيئة أو مجرد الشعور بالتضامن الاجتماعي في أسط صوره تحمل الشخص على اختيار طريق معين وتصرفه عن اختيار سواء ومعنى ذلك أنه لا يتمتع بحرية الاختيار » .

المضطرب هو عين السلوك الذى يأتيه الرجل العادى لو وضع فى موضعه^(١) هذا ويرى البعض أن السلوك الذى يسلكه الشخص فى حالة الضرورة هو كل ما يسعه فعله ، فلا يمكن أن يطلب منه فى هذه الحالة سلوك سواه ، ومن ثم فإن الركن المعنوى يكون متخلفاً فى جانبه^(٢) وهذا الرأى فى جملته ترديد لنظرية حاصلها أن الركن المعنوى — عمداً أو خطأ — ينتفى إذا احتفت بالشخص ظروف لا يسعه معها إنسانياً أن يفعل غير ما فعل ، أى لا يتوقع منه فيها أن يسلك على نحو مطابق لما أوجبه القانون .

كذلك يذهب فريق من الفقهاء إلى تبرير حكم الضرورة بانتفاء الضرر الإجتماعى ، ففى حالة الضرورة تم التضحية بحق من أجل صيانته حق آخر يفوقه فى القيمة الإجتماعية أو يساويه . وإذا كان الحق المصان أكبر قيمة فإن فعل الضرورة يكون قد حقق للمجتمع كسباً ، وإذا تساوى الحقان فإن الفعل لم يلحق بالمجتمع خسارة مادام الضرر واقعاً لا محالة ، ويقتصر دور الفعل فى هذه الحالة على مجرد نقل الضرر من حق إلى حق يساويه ، وهذا الأمر لا يعنى المجتمع كثيراً ، وعلى هذا النحو فإن فعل الضرورة يعتبر — من وجهة النظر الإجتماعية — نافعاً فى الحالة الأولى وغير ضار فى الحالة الثانية ، وهو فى الحالتين لا يستأهل العقاب^(٣) .

ويصيب هذا الرأى أن الاستناد إلى فكره التنازع بين الحقوق أو المصالح يؤدي — فى بعض الأحيان على الأقل — إلى اعتبار حالة الضرورة سبب إباحة ، لأن إهدار حق قليل القيمة من أجل صيانة حق أكثر قيمة ، هو رعاية لحقوق المجتمع فى مجموعها ، ومن ثم فالمنطق يقتضى أن يكون الفعل الذى يحدث ذلك مباحاً باعتباره لا ينتج اعتداء على حقوق المجتمع . وهذا التكيف يناقض المذهب السائد فى شأن حالة الضرورة^(٤) كذلك فإن القول بتفضيل

(١) د . رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٩٠٩ .

(٢) راجع الأستاذ الدكتور مأمون محمد سلامة فى قانون العقوبات — القسم العام طبعة دار الفكر العربى سنة ١٩٧٩ ص ٣١١ .

(٣) المستشار محمود ابراهيم اسماعيل فى شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات الطبعة الأولى ص ٥٠٩ .

(٤) د . محمود نجيب حسنى . شرح قانون العقوبات ص ٥٨٥ هامش (١) .

حق على حق عند التنازع ، يقتضى إلزام صاحب الحق الأدنى بالامتناع عن مقاومة المضطر وبتحمل ما يوقعه به ضرر . وهذه النتيجة مرفوضة عقلاً وقانوناً ، فليس من المنطق فى شىء أن نرخص لصاحب الحق بحماية حقه عند الخطر عن طريق العصف بحقوق الأبرياء الذين لا شأن لهم فى حلول الخطر . ويزداد الأمر شذوذاً حين يتكافأ حقه مع حق غيره . كذلك فليس فى نصوص القانون ولا فى مبادئه العامة ما يجعل حماية حق شخص سبباً فى سقوط حق شخص آخر لم يعتد عليه .

كذلك من الآراء التى قيلت فى تعليل حكم الضرورة ، يرجع إلى انتفاء الخطورة الإجتماعية ، ففعل المضطر لا ينم عن خطورة إجرامية كامنة فى نفسه ، وإنما هو أمر عارض تمليه ظروف شاذة يعذر الشخص لوجوده فيها . ولما كان الجزاء الجنائى يستهدف الردع والزجر ، فقد رأى واضع القانون أن يتقيل المضطر من عثرته ، وأن يتغاضى عن جرمه تقديراً لعذره ولعدم الجدوى من عقابه (١) .

(١) د . عوض محمد فى قانون العقوبات طبعة سنة ١٩٨٤ ص ٥٠٢ .

المقارنة بين الشريعة والقانون في علة الاعفاء من الضرورة

بيناً في الفصل السابق العلة من اعفاء الجاني في حالة الضرورة في كل من الشريعة والقانون ، وبيناً مدى الاختلاف في تحديد العلة في القانون على مر العصور المختلفة قديمها وحديثها منذ عهد الرومان وحتى وقتنا الحديث ، فمنهم من علل ذلك بالعودة إلى القانون الطبيعي وهو أن يتولى كل شخص بنفسه حماية حقه بكل وسيلة تسعه ولو كان من شأنها المساس بحق غيره ، ومنهم من علل ذلك لما يعترى المضطر من إكراه معنوي ، والبعض علل ذلك بفقدان الركن المعنوي ، والبعض بانتفاء الضرر الإجتماعي ، أو بفكرة التنازع بين المصالح ، وكل هذا العلل تعرضت للنقد والتجريح ولم تسلم فكرة منها من الانتقاص لأنها من صنع البشر ويتمثل فيهم النقص وعدم العصمة في الآراء والأفكار ، بل وإن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه وإذا استناغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق في مستوى ما صنعه مخلوق آخر ، فإن هذه العقول لا تستسيغ بأي حال من الأحوال أن تصنع ما يصنعه المخلوق في مستوى ما صنعه الخالق ، لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين ، وتحس المدى الواسع بين الصانعين ، وهذا ما حدا ببعض فقهاء القانون في العصر الحديث أن يرجع العلة في جرائم الضرورة إلى ما أرجعته الشريعة الإسلامية بنصوص القواعد التي استنبطها فقهاء الإسلام وعلماء المسلمين من قولهم : « أن المشقة تجلب التيسير » وقولهم : « أن الأمر إذا ضاق اتسع » ومعنى ذلك : أنه إذا ضاقت ظروف الواقع بالناس وجب على المشرع أن يوسع عليهم في الأحكام دفعاً للمشقة ورفعاً للحرج^(١) وهذا في نظري رجوع إلى الحقيقة واعتراف بالواقع الذي غاب في هذا الزمان ، لأن هذه الأفكار وهذه الآراء هي آراء فقهاء الإسلام وأفكار العلماء المنصفين في هذه الأمة الإسلامية ، وكشف النقاب عن كنوز وأسرار هذا الدين الخفيف المتمثل في رافة ورحمة الله بعباده ، لأن الناظر في روح الدين الإسلامي ، يجد أن من أهم ملامحه وصفاته يتمثل في رفع الحرج ودفع المشقة وتكليف الله عباده بما يطيقون صنعه بعيداً عن الإرهاق والتعب ورفع الكلفة عن عباد الله ، وكل ذلك وارد في كتاب الله تعالى وفي سنة نبيه محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه واجماع الأمة الإسلامية ، وطبقاً لهذه النصوص الكثيرة التي وردت في الكتاب وحفظت بها السنة المشرفة ،

(١) د . عوض محمد . في قانون العقوبات — القسم العام ص ٤٩٨ .

وضع الفقهاء الأفاضل القواعد التي تقرر دفع الحرج ورفع المشقة بدءاً من قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» والتي انتشرت وشاعت بين الفقهاء وتفرعت منها الكثير جداً من القواعد التي أصبحت أشهر من نار على علم — كما يقولون — والتي ذكرتُ بعضها في الفصل الذي نحن بصدده وقمت بشرح بعض القواعد المهمة في هذا المجال والتي تُخدم هذا البحث وذلك في حدود الإمكان والطاقة. هذه القواعد أصبحت وكما يقول الإمام شهاب الدين القرافي —: «إن هذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، وتتضح له مناهج الفتوى... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية لا يتأهى. ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ الجزئيات لاندرجها في الكليات»^(١) ونوه الإمام السيوطي في الأشباه قائلاً: «اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه، وما أخذه وأسراره، ويتمهر في فهمه واستحضاره، ويقدر على الإلحاق والتخريج لمعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان»^(٢). وجاء في مقدمة درر الحكام: «إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة. وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية، تتخذ أدلة لاثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر، فذكرها يوجب الاستئناس، ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان»^(٣) ويقول أحد الفقهاء: «فإن هذه القواعد تصوراً بارعاً، وتويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة، وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط، تبين في كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط، وجهة الارتباط، رابطة تجمعها، وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها»^(٤) وهذه القواعد وتلك الضوابط التي ذكرتها في معرض تعليل حالة الإعفاء من الضرورة في الشريعة الإسلامية مرجعها إلى كتاب الله وسنة رسوله وكفى أنه «تنزيل من حكيم حميد».

(١) الفروق، لشهاب الدين أحمد بن إدريس، ج ١ ص ٣ دار المعرفة للطباعة والنشر — بيروت.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦.

(٣) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، محمد سعيد الخاسني، ج ١ ص ١٥ مطبعة الترقى دمشق.

(٤) الأستاذ مصطفى أحمد الرزقا — المدخل الفقهي العام، ج ٢ ص ٩٤٣ — الطبعة السابعة مطبعة

جامعة دمشق سنة ١٣٨٢ هـ سنة ١٩٨٢ م.

الفصل الثاني في

بيان الطبيعة الشرعية والقانونية لجرائم الضرورة
وفيه مبحثان

المبحث الأول : بيان الطبيعة الشرعية لجرائم الضرورة
المبحث الثاني : بيان الطبيعة القانونية لجرائم الضرورة

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الأول

في

بيان الطبيعة الشرعية لجرائم الضرورة

لقد حصر العلماء - رحمهم الله تعالى - الضرورات التي لا حياة بدونها في كليات خمس تندرج فيها كل الجزئيات اللازمة للحياة ، وهذه الضرورات مراعاة في كل الشرائع ، والقوانين البشرية ، لأن ضرورتها لا تخص أمة دون أمة ، بل هي لجميع المخلوقين بمنزلة الهواء الذي إذا فقده الإنسان انقطعت حياته ، وإذا كان قد حصل اختلاف بين الأمم في حفظ هذه الضرورات ، فإنما هو في كيفية حفظها لا في أصله . هذه الضرورات هي : الدين ، والنفس ، والنسل ، والعقل ، والمال ، وهناك من يقول بضرورة سادسة ، اعتبرت في الشرائع السماوية ، وعند الأمم التي احتفظت ببقية من فطرة ، وهي حفظ العرض ، وإذا كانت بعض الشعوب قد فسدت فطرتها فلم ترعها ، فإن ذلك لا يدل على كونها ليست ضرورة في حد ذاتها ، وإنما عدم رعاية تلك الشعوب لها يدل على فساد فطرتها . على أن كثير من الفقهاء أدمجوها مع ضرورة حفظ النسل واعتبروهما شيئاً واحداً .

هذا ولقد اعتبرت الشريعة الإسلامية الغراء ، أن أي اعتداء يقع على هذه الكليات أو على أحدها يعتبر جريمة في نظر الشرع يستحق مقترفها العقاب المحدد من قبل الشرع ، ولم يترك الإسلام الأمر سدى ، كما قال تعالى : « أيمسب الإنسان أن يترك سدى »^(١) بل وضع الحدود . وسن الطريق لمعرفة ما هو مصلحة يجب طلبه ، ويأمر به ، وما هو مضرة يجب اجتنابه والكف عنه . فكانت أوامره سبحانه وتعالى ونواهيه . فما نهى الله تعالى عنه فهو معصية أي جريمة . ويكون العقاب الدنيوي عليه واجباً إذا أمكن إثباتها وإجراء البيئات القضائية عليها^(٢) . فالأوامر القرآنية والنبوية والنواهي الشرعية هي التي تكشف عن المطلوب شرعاً والمنهى عنه شرعاً وهي التي تحوى في ثناياها بيان الجريمة من خلال منظور إسلامي حددته شريعة السماء التي نزلت على محمد

(١) الآية رقم ٣٦ سورة القيامة .

(٢) الجريمة والعقوبة للشيخ محمد أبو زهرة مطبعة دار الفكر العربي ص ١٨٤ .

بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه ، على أن التشريع الإسلامي في غالب مفهومه يطلق ويراد به الفقه الإسلامي ، وعلى حد تعبير أحد الفقهاء أنه : أى التشريع هو الفقه عينه ولا يختلف مفهوم كل منهما عن الآخر (١) على أن المقصود من الفقه شرعاً : « هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية » (٢) . فالله سبحانه وتعالى أوجد للناس قانوناً سماوياً متكاملًا يلتزمون بأحكامه ويؤاخذون على مخالفته ، والله العلى القدير لم يترك عملاً من غير حكم ، سواء كان هذا العمل نافعاً أو ضاراً ، وأوجب على الناس اتيان الأفعال النافعة والكف عن الأعمال الضارة ، وأن هذه الأحكام شملت كل شيء وتناولت جميع المواضع التى تناولتها القوانين الوضعية ، بل زادت عليها ، فقد تناولت الشريعة الإسلامية جميع أفعال الإنسان في كل نواحي نشاطه ، وحددت الحدود ، وأقامتها على أساس من العدالة والمساواة . فمن الأحكام الشرعية ما يبحث في العبادات ومنها ما يبحث في المعاملات على أوسع نطاق ، سواء اتصلت هذه المعاملات بشئون الأسرة ، أو بالجرائم أو العقوبات أو غير ذلك مما فيه مصلحة الإنسان وإبعاد المضرّة عنه . على أن الفقه الإسلامي شمل جميع فروع القوانين الوضعية التى نعرفها في أيامنا هذه من فروع مختلفة وزاد عليها ، ذلك لأن التشريع الإسلامى يتجه في تقرير أحكامه إلى إصلاح ناحيتين هما : صلة العبد بربه ، وصلته بأخيه الإنسان ، وبمعنى آخر يرمى إلى إصلاح نفس الإنسان وروحه بقصد إصلاح أفعاله (٣) . وكل ذلك جاء عن طريق الأحكام التى سنّها الله لعباده . حيث إن هذه الأوامر والنواهي هى أقسام الحكم الذى خاطب به الشارع الإسلامى المكلفين .

(١) د . محمد مصطفى إمامى في التشريع الإسلامى خصائصه وتاريخ الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦ م دار الطباعة المحمدية ص ٦ ، الشيخ محمد أنيس عبادة في : تاريخ الفقه الإسلامى ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩ م ، دار الطباعة المحمدية ح ١ ص ٦ .

(٢) شرح البدخشى ومعه شرح الأسنوى لليضوى مطبعة محمد على صبيح ح ١ ص ١٩ .

(٣) د . عبد الخالق النواوى في التشريع الجنائى في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ص ١٧ .

تعريف الحكم وأقسامه :

ينقسم الحكم في الشريعة الإسلامية إلى قسمين ، حكم تكليفي ، وحكم وضعي . أما الحكم التكليفي فهو : « خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الإقتضاء أو التخيير »^(١) . فالحكم لغة إسناد شيء إلى آخر إيجاباً أو سلباً ، والحكم الشرعي : هو خطاب الله تعالى ، والخطاب توجيه الكلام نحو الغير للإفهام ، أو هو الكلام المقصود منه افهام من هو متبىء للفهم بحيث يسمعه ويكون في مقدوره الاتيان به وتنفيذه ، فالخطاب هو التوجيه ، وخطاب الله تعالى توجيه ما أفاد إلى المستمع أو من في حكمه ، وأما قوله في التعريف ، المتعلق بأفعال المكلفين ، احترز به عن المتعلق بذاته الكريمة كقوله تعالى : « شهد الله أنه لا إله إلا هو »^(٢) والمتعلق بالجمادات كقوله تعالى : « ويوم نسير الجبال »^(٣) فإنه خطاب من الله تعالى ومع ذلك ليس بحكم ، لعدم تعلقه بأفعال المكلفين إقتضاءً أو تخييراً . والإقتضاء هو الطلب وهو ينقسم إلى طلب فعل وطلب ترك ، وطلب الفعل إن كان جازماً فهو الواجب ، وإن كان غير جازم فهو مندوب ، وطلب الترك إن كان جازماً فهو الحرام ، وإن كان غير جازم فهو المكروه ، وأما التخيير فهو الإباحة فدخلت الأحكام الخمسة في هذين اللفظين^(٤) فعلى ذلك تكون الأحكام التكليفية خمسة وهي : الواجب ، والمندوب ، والحرام ، والمكروه ، والمباح . وهناك من الفقهاء من يدخل الرخصة والعزيمة في الحكم التكليفي ، لأن من مقتضاه أن ينتقل ما هو موضع النهي إلى مباح ، أو ما هو مطلوب على وجه الختم واللزوم إلى جائز الترك في أمد معلوم ، فهو باب بين الانتقال من حكم تكليفي إلى آخر ، وذلك لأن الأحكام الشرعية التكليفية طالبت المكلفين بأفعال ، وطالبتهم بالكف عن أخرى ، وقد يعرض للمكلف ما يجعل التكليف

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدى مطبعة المعارف سنة ١٩١٤ م ح ١ ص ١٣٥ ، والتلويح على التوضيح لمن التقيح لعبيد الله بن مسعود المشهور بصدر الشريعة مطبعة محمد علي صبيح ح ١ ص ١٣ ، والكمال بن الهمام في التحرير في أصول الفقه طبعة الحلبي ص ٢١٥ ومختصر ابن الحاجب المالكي وحاشية العلامة سعد الدين التفتازاني ح ١ ص ٢٢٢ الطبعة الأولى .

(٢) الآية رقم ١٨ سورة آل عمران .

(٣) الآية ٤٧ سورة الكهف .

(٤) القاضي البيضاوي في شرح البدخشي ح ١ ص ٣٢ .

شاقاً غير قابل للاحتيال أو لا يمكن أداؤه إلا بمشقة غير عادية . ولكن يستطيع الأداء في الجملة فيرخص الله تعالى للمكلف أن يترك الفعل الذي يطالب الشارع به ، كالمريض في رمضان يرخص له في الإفطار على أن يقضيه بعدة من أيام آخر ، فإنه يكون إذا أفطر قد استعمل رخصة رخصها له الشارع (١) . والذي عليه مدار التكليف هو الواجب (٢) فيجب على الإنسان أن يلتزم به مثل قوله تعالى : « أقيموا الصلاة » (٣) فأقيموا فعل أمر ، والأمر يفيد الوجوب قطعاً . فعلى ذلك إقامة الصلاة واجبة ويعاقب تاركها ، لأنه ترك أمراً معلوماً من الدين بالضرورة (٤) والحرام وهو : ما يذم فاعله شرعاً (٥) . مثل قوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق » (٦) وقوله تعالى : « ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلاً » (٧) فإن هذه الأوامر التي وردت في الآيتين السابقتين ، تدلان على النهي عن قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق في الآية الأولى ، ونهى في الآية الثانية عن مجرد الاقتراب من الزنا ، وأن موجب النهي المطلق هو وجوب الإلتواء والبعد عن ما نهى الله وحرم . والقسم الثالث من الحكم التكليفي هو التخيير ومعناه : تخيير المكلف بين الفعل والتترك حيث لا يترتب على ذلك ترك مأمور أو فعل محظور . مثال ذلك : قوله تعالى : « وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر » (٨) وقوله تعالى : « فإذا جلتكم فاصطادوا » (٩) . فهذه الأمور تفيد

(١) الشيخ محمد أبو زهرة في أصول الفقه — ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ص ٥٠ .

(٢) الواجب مرادف للفرض عند جمهور الفقهاء ويعرفونه بأنه : هو الذي يذم شرعاً تاركه من حيث أنه تركه قصداً أي من غير عذر . وخالف في ذلك جمهور الحنفية لأنهم يفرقون بين الفرض والواجب . فالفرض عندهم : ما ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه من الدليل وذلك كالقراءة في الصلاة الثابتة بالكتاب . أما الواجب عندهم فهو ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة وذلك كالوتر الثابت بخير الواحد . فالفرض والواجب متغايران عند الحنفية وهما من أقسام الحكم التكليفي . راجع شرح البدخشي للقاضي البيضاوي — المرجع السابق ح ١ ص ٤٣ .

(٣) من الآية ٧٨ سورة الحجج .

(٤) كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للإمام أبي البركات عبد الله النسفي وبهامشه حاشية العلامة محمد بن عبد الحلبي اللكنوي الطبعة الأولى — المطبعة الكبرى ببولاق ح ١ ص ٩٧ .

(٥) القاضي البيضاوي في شرح البدخشي ومعه شرح الأستوى ح ١ ص ٤٧ .

(٦) آية رقم ٣٣ سورة الأسراء ...

(٧) آية رقم ٣٢ سورة الأسراء .

(٨) الآية رقم ١٨٧ سورة البقرة .

(٩) الآية رقم ٢ سورة المائدة .

حكم الإباحة للشخص أن يفعله أو يتركه ولا يترتب على ذلك جزاء أو عقاب . هذا هو القسم الأول من الحكم وهو الحكم التكليفي .

أما عن القسم الثاني من الحكم وهو الحكم الوضعي فهو : « ما اقتضى جعل الشيء سبباً للشيء أو شرطاً له أو مانعاً » . وسمى هذا الحكم وضعياً ، لأنه يقتضى وضع أسباب لمسيبات ، كجعل الزنا سبباً لإيجاب الجلد على الزاني في قوله تعالى : « الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » (١) وقوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله » (٢) . فقد جعل الله عز وجل السرقة سبباً لقطع اليد ، وهذا حكم شرعي لأنه مستفاد من الشرع من حيث إن السرقة لا توجب الحد لعينها بل يجعل الشرع فهو حكم سببي .

هذا والسبب في اللغة : ما يمكن التوصل به إلى مقصود ما ، ومنه سمي الخيل سبباً والطريق سبباً وذلك لإمكان التوصل بهما إلى المقصود ، وإطلاقه في اصطلاح المشرعين على بعض مسمياته في اللغة . أما في اصطلاح الأصوليين : « فهو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل الشرعي على كونه معرفاً لحكم شرعي » (٣) . أما النوع الثاني من الحكم الوضعي فهو الشرط : « وهو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم » (٤) . أو ما كان عدمه مشتملاً على حكمة مقتضاها نقيض حكم السبب مع بقاء حكمة المسبب ، فهو شرط الحكم ، والحكم الشرعي في ذلك إنما هو قضاء الشارع على الوصف بكونه مانعاً أو شرطاً لا نفس المحكوم عليه (٥) . ومثال ذلك قوله تعالى : « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون » (٦) . ففى هذه الآية الكريمة يشترط الله سبحانه وتعالى أن يأتوا بأربعة شهود يشهدون على صدق مقاتلهم فيما رموا به السيدة عائشة بنت أبي بكر الصديق — رضوان الله على الجميع — في حادث الإفك الذي رميت به

(١) آية رقم ٢ سورة النور .

(٢) آية رقم ٣٨ سورة المائدة .

(٣) شرح الأنسوى للإمام جمال الدين عبد الرحيم الأنسوى ج ١ ص ٥٤ .

(٤) شرح البدخشى ومعه شرح الأنسوى للبيضاوى ج ١ ص ٩٨ .

(٥) الأحكام في أصول الأحكام للأملنى ج ١ ص ١٨٥ وما بعدها طبعه دار المطرف .

(٦) الآية رقم ١٣ سورة النور .

فإذا لم يأتوا بالشهداء الأربعة تؤيد مقالهم فهم في حكم الله كاذبون فاجرون ويستحقون العقاب على هذه القرية (١).

النوع الثالث: هي كون الحكم مانعاً وهو ينقسم إلى مانع الحكم ومانع السبب. أما مانع الحكم: «فهو كل وصف وجودي ظاهر منضبط مستلزم لحكمة. مقتضاها بقاء نقيض حكم السبب مع بقاء حكمه السبب» مثال ذلك الأبوة المانعة من جريان القصاص بين الوالد وولده، تطبيقاً لحديث الرسول ﷺ «لا يقاد الوالد من ولده» (٢) وكذلك عدم الميراث للقاتل كما جاء في حديث المصطفى ﷺ: «لا ميراث للقاتل» (٣). أما مانع السبب فهو: «كل وصف يخل وجوده بحكمة السبب يقينا كالدين في باب الزكاة مع ملك النصاب» (٤). على أن هناك فريق من الأصوليين يدخلون العزيمة والرخصة في أقسام الحكم الوضعي ويقسمونه إلى خمسة أقسام.

حيث إنه ثبت بالإستقراء، أن الحكم الوضعي إما أن يقتضي جعل شيء سبباً لشيء، أو شرطاً، أو مانعاً، أو مسوغاً لرخصة بدل العزيمة، أو صحيحاً أو غير صحيح (٥) ومن ذهب إلى هذا الرأي الإمام الغزالي في «كتابه المستصفى في علم الأصول» حيث إنه بدأ يسرد في أقسام الحكم الوضعي إلى أن قال: «الفصل الرابع في العزيمة والرخصة» (٦). وسواء كانت العزيمة والرخصة من أقسام الحكم التكليفي، أو كانت من أقسام الحكم الوضعي، فإننا يهمننا أن نقف على حقيقة وماهية كل منهما لكي نعرف مكان وموضع جرائم الضرورة في الفقه الإسلامي الخفيف.

-
- (١) ابن كثير في تفسير القرآن العظيم طبعة عيسى الباني الحلبي ح ٣ ص ٣٧٢ وما بعدها.
 - (٢) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه وصححه عن ابن الجارود عن عمر بن الخطاب. انظر سبل السلام للصنعاني ح ٣ ص ٨٦.
 - (٣) رواه مالك في الموطأ وأحمد وابن ماجه. نيل الأوطار للشوكاني ح ٦ ص ٨٤.
 - (٤) الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ح ١ ص ١٨٥، وشرح البديخشى ح ١ ص ٣٨.
 - (٥) الشيخ عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه الطبعة (٢٠) دار القلم للطباعة والنشر ص ١١٧.
 - (٦) المستصفى في علم الأصول للغزالي ح ١ ص ٩٨.

العزيمة والرخصة

يقول الإمام الغزالي — رحمه الله — في المستصفى : « إعلم أن العزيمة عبارة عن القصد المؤكد » . قال الله تعالى : « فسنى ولم نجد له عزماً » أى قصداً بليغاً وسمى بعض الرسل أولى العزم لتأكيد قصدهم في طلب الحق . أما العزيمة في لسان الشرع : « عبارة عما لزم العباد بإيجاب الله تعالى » . أما الرخصة في اللسان فهي عبارة عن اليسر والسهولة . يقال رخص السعر إذا تراجع وسهل الشراء وفي الشريعة : « عبارة عما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم »^(٢) وهناك تعريفات أخرى للرخصة تدور حول هذا المعنى من ذلك : الرخصة هي ما شرعه الله من الأحكام تخفيفاً على المكلف في حالات خاصة تقتضي هذا التخفيف ، أو هي ملة شرع لعذر شاق في حالات خاصة ، أو هي استباحة المحظور بدليل مع قيام دليل الحظر^(٣) كذلك عرفت الرخصة بقولهم : « ما شرعت بسبب قيام مسوغ لتخلف الحكم الأصلي »^(٤) . وعلى ذلك تكون العزيمة حكماً عاماً هو الحكم الأصلي ، ويشمل الناس جميعاً ، والكل مخاطب به . أما الرخصة فليست الحكم الأصلي ، بل هي حكم جاء مانعاً من استمرار الإلزام في الحكم الأصلي ، وهي في أكثر الأحوال تنقل الحكم من مرتبة اللزوم إلى مرتبة الإباحة وقد تنقلها إلى مرتبة الوجوب ، وبذلك يسقط الحكم الأصلي تماماً^(٥) هذا وللرخصة أسباب كثيرة : منها الضرورة . وذلك كمن يكون في حالة مخصصة ويخشى على نفسه الموت ولا يجد ما يأكله إلا الميتة ، فإنه يكون له أكلها ، بل يكون عليه أن يأكلها . ومنها دفع الحرج والمشقة كرخصة الإفطار في رمضان . ورؤية الطبيب عبور المرأة لعلاجها . وهكذا^(٦) يقول الإمام الغزالي : « ... ولكن يسمى تناول الميتة رخصة وسقوط صوم رمضان عن المسافر رخصة . وعلى الجملة فهذا الإسم يطلق حقيقة ومجازاً ، فالحقيقة في الرتبة العليا كإباحة النطق

(١) الآية رقم ١١٥ سورة طه .

(٢) المستصفى للغزالي — المرجع السابق .

(٣) الشيخ عبد الوهاب خلاف — المرجع السابق ص ١٢١ طبعه سنة ١٤٠٦ هـ سنة ١٩٨٦ م .

(٤) وعرفت كذلك بأنها : « استباحة المحظور مع قيام الحاضر » راجع : د . عبد العزيز عبد الرحمن

السعيد في : ابن قدامة وآثاره الأصولية — الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م ص ٦٠ .

(٥) الشيخ محمد أبو زهرة في أصول الفقه ص ٥١ .

(٦) الشيخ عبد الوهاب خلاف في أصول الفقه ص ١٢٣ .

بكلمة الكفر بسبب الإكراه ، وكذلك إباحة شرب الخمر ، واتلاف مال الغير بسبب الإكراه والخمصة والغص بلقمة لا يسفها إلا الخمر التي معه . وأما المجاز البعيد عن الحقيقة فتسمية ما حط عنا من الإصر والأغلال التي وجبت على من قبلنا في الملل المنسوخة رخصة ، وما لم يجب ولا على غيرنا لا يسمى رخصة ، والرخصة فسحة في مقابلة التضييق ... قلنا المحرم في الميتة الخبث وفي الخمر الإسكار ، وفي الكفر كونه جهلاً بالله تعالى أو كذباً عليه . وهذه المحرمات قائمة وقد اندفع بالخوف ، فكل تحريم اندفع بالعدر والخوف مع إمكان تركه ، يسمى اندفاعه رخصة ولا يمنع من ذلك تغيير العبارة ، بأن يجعل انتفاء العذر شرطاً مضموماً إلى الموجب «^(١)» ويقول الإمام الغزالي في معرض من يترك الأخذ بالرخصة حتى يهلك : « وإرتكاب أهون الضررين يصير واجباً وطاعة بالإضافة إلى أعظمهما ، كما يصير شرب الخمر واجباً في حق من غص بلقمة ، وتناول طعام الغير واجباً على المضطر في الخمصة ، وإفساد مال الغير ليس حراماً لعينه . ولذلك لو أكره عليه بالقتل وجب أو جاز »^(٢) .

أنواع الرخص :

والرخصة تنقسم إلى قسمين ، رخصة فعل ورخصة ترك ، وذلك بحسب ما جاء في العزيمة ، فإن كان حكم العزيمة يوجب تركاً ، فالرخصة رخصة فعل ، وإن كان حكم العزيمة يوجب فعلاً ، فالرخصة رخصة ترك .

فرخصة الفعل هي : أن يكون ثمة نهى محرم ، وهو الحكم الأصلي ، ثم تكون هناك ضرورة أو حاجة تسوغ فعل ما نهى عنه ، ومن ذلك رؤية الطبيب عورة المرأة في حالة العلاج عند الضرورة ، فإن الحرج والمشقة يدفعان إلى هذه الرؤية وهي محل نهى محرم ، وهذه رخصة لا شك فيها . وفي حالة الضرورة يكون ثمة صور .

الصورة الأولى : أن يكون في الأخذ بالعزيمة تلف النفس ، ولكن مع ذلك أجزى التمسك بالعزيمة ، وذلك كمن ينطق بكلمة الكفر تحت حد

(١) المستصفى في علم الأصول للغزالي ح ١ ص ٩٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٨٩ .

السيف ، فإنه يجوز له أن ينطق بكلمة الكفر مادام قلبه مطمئن بالإيمان ، عملاً بقوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » (١) . وقد نطق عمار بن ياسر رضي الله عنه بكلمة الكفر تحت تأثير العذاب الشديد ، وقال للنبي ﷺ ، وقد سأله ما وراءك يا عمار ، فقال شر ، ما تركوني حتى نلت منك ، وذكرت آهتهم بخير ، قال كيف وجدت قلبك . ؟ قال : مطمئناً بالإيمان . قال عليه السلام : « فإن عادوا فعد » (٢) . ولقد بلغ النبي ﷺ أن رجلين هدهما المشركون بالقتل ، فامتنع أحدهما عن النطق بالكفر حتى قتل ، ونطق الآخر ، فقال عليه السلام فيمن امتنع : هو أفضل الشهداء ، وهو رفيقي في الجنة (٣) فدل هذا على أن العزيمة حكمها باق ، والرخصة ثابتة ، وهي صدقة تصدق الله تعالى بها على عباده المضطرين . ومن هذا النوع الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا كان الحاكم طاغياً ظالماً ، يقتل من يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ، فإنه رخص لأهل الحق أن يسكتوا ، وأهل العزيمة أن يتكلموا . ولقد قال الله تعالى : « ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء إلا أن تتقوا منهم تقاة ويحذركم الله نفسه وإلى الله المصير » (٤) فالتقية في هذه الحالة جائزة ، ولكن العزيمة وهي أفضل في أن يرشد ولو قتل (٥) .

الصورة الثانية : للضرورة وهي ألا يكون الشخص مخيراً بين الأخذ بالحكم الأصلي ، والحكم الثاني ، وذلك كحال المضطر إلى شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير إذا خشى على نفسه التلف إن لم يأكل أو يشرب أو يتناول بشكل عام هذه المحرمات ، فإنه في هذه الحال يجب عليه أن يتناول ، وذلك لأن هذه الأشياء كانت محرمة لما فيها من إفساد النفس والعقل ، ولا شك أن حفظ الحياة أولى ، وبسبب ذلك لا يثاب إذا أثر الصبر ولم يتناول هذه المحرمات ، وبذلك الوجوب يخرج الأمر عن أنه رخصه ، لأن الترخيص يقتضي الجواز ، بأن يكون هناك حكمان في المسألة : حكم العزيمة وحكم

(١) الآية رقم ١٠٦ سورة النحل .

(٢) مختصر تفسير ابن كثير - اختصار محمد على الصابوني - دار القرآن الكريم - بيروت ح ٢ ص ٣٤٨ .

(٣) حاشية البيهاري على أصول فخر الإسلام البيهاري ح ١ ص ٦٣٧ طبع في استانبول .

(٤) الآية ٢٨ سورة آل عمران .

(٥) الشيخ محمد أبو زهرة - أصول الفقه ص ٥٢ .

الرخصة ، وبإيجاب تناول خرج الأمر عن أنه رخصة إذ سقط الحكم الأول ، وقد قال فخر الإسلام البيهقي في أصوله : « إن تسمية ذلك رخصة من قبيل المجاز ، لأن تناول يكون هو الحكم الوحيد في الموضوع ... » (١) .

وبعض العلماء لا يشترط في الرخصة ، أنه يجوز الأمران شرعاً — بل يعتبر الرخصة ثابتة بالانتقال من حكم أصلي إلى حكم آخر لعذر من الأعذار ، أو لقيام مانع يمنع من استمرار الحكم الأصلي ، وعلى ذلك يعتبر أكل الميتة في الاضطرار ، من قبيل الرخصة ، ويقسمون الرخصة إلى قسمين رخصة إسقاط ، ورخصة ترفيه .

فرخصة الإسقاط ، لا يكون حكم العزيمة فيها باقياً ، بل إن الحال التي استوجبت الترخيص اسقطت حكم العزيمة ، وجعلت الحكم المشروع فيها هو الرخصة ، ومثلوله بإباحة أكل الميتة أو شرب الخمر عند الجوع والظماً .

أما رخصة الترفيه فيكون حكم العزيمة فيها باقياً ودليله قائماً ولكن رخص في تركه تخفيفاً وترهيفاً للمكلف ومثاله : بمن أكره على التلفظ بكلمة الكفر ، وعلى إتلاف مال الغير . وقالوا : إن النص المرخص لم يسقط حرمة التلفظ بكلمة الكفر عن أكره عليه ، ولكن استثنى من غضب الله واستحقاقه للعذاب رافة بعباده . وينسب هذا التقسيم إلى علماء الحنفية (٢) . وهناك رأى لبعض الفقهاء المحدثين يقول فيه : « والذبي يؤخذ من النصوص أن الرخص كلها شرعت للترفيه والتخفيف عن المكلف بإباحة فعل المحرم ، فكل محرم عند الضرورة يباح بلا تفريق بين محرم ومحرم . وفي كلا الأحوال أباح المحظور للضرورة . وأن حكم المحظور ودليله قائمان . ومعنى إباحة المحظور ترخيصاً ، أنه لا إثم فيه وفي فعله . وإلى هذا أشار الله تبارك وتعالى بقوله : « فإن الله غفور رحيم » (٣) . فللمكلف أن يتبع الرخصة تخفيفاً عن نفسه ، وله أن يتبع العزيمة محتتماً ما فيها من مشقة إلا إذا كانت المشقة يناله من إحتمالها ضرر ، فإنه يجب عليه اتقاء الضرر واتباع الرخصة لقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم إلى

(١) حاشية البخاري على أصول فخر الإسلام البيهقي ج ١ ص ٦٣٨ .

(٢) الشيخ عبد الوهاب خلاف . أصول الفقه ص ١٢٤ .

(٣) من الآية رقم ٣ سورة المائدة .

التهلكة» (١) وقوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً » (٢) والله سبحانه وتعالى يحب أن تؤتى رخصه ، كما يحب أن تؤتى عزائمه ... » (٣)

النوع الثاني من الرخص :- وهو رخصه الترك ، وأمثلها كثيرة في الفقه الإسلامي . منها رخصة الإفطار في رمضان ، ورخصة ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ورخصة الامتناع عن أداء الشهادة لمن تحملها إذا وجد في ضرورة . وهكذا .

حكم الرخصة :-

أما عن حكم الرخصة والعمل بها فيدور بين الوجوب والجواز ، كما بينا سالفاً فيكون الوجوب عليه ، حيث إن ارتكاب أهون الضررين يصير واجباً وطاعة إلى الله تعالى بالإضافة إلى أعظمهما ، كما يصير شرب الخمر واجباً في حق من غص بلقمة ولم يجد غيره ، وتناول الميتة ولحم الخنزير وطعام الغير واجباً على المضطر في المحصنة (٤) ، وإذا لم يقدم على التناول كان آثماً ، لأنه القى بنفسه إلى التهلكة وقتل النفس المنهى عنهما من قبل المولى تبارك وتعالى . أما بالنسبة إلى التلطف بكلمة الكفر أو إفساد مال الغير فيجوز له ذلك اتباعاً للرخصة .

أنواع أخرى للرخص :

هذا وقد ذكر الأصوليون نوعين آخرين من الرخص :

الأول :- عبارة عن رخصة إسقاط التكليفات الشاقة التي كانت على الأمم السابقة علينا ، أو هي نسخ الأحكام التي رفعها الله عنا ، وكانت من التكليف الشاقة على الأمم قبلنا وهي المشار إليها بقوله تعالى : « ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا » (٥) وأمثال ذلك : التكليف بقرض موضع النجاسة من الثوب ، وقتل النفس توبة من المعصية ، وعدم جواز الصلاة إلا في المساجد (٦) . ولقد قال الإمام الغزالي في المستصفي إن اعتبار هذه رخصة من

(١) من الآية رقم ١٩٥ سورة البقرة .

(٢) الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٣) الشيخ عبد الوهاب خلاف . أصول الفقه ص ١٢٥ .

(٤) المستصفي للغزالي ح ١ ص ٨٩ .

(٥) الآية ٢٨٦ سورة البقرة .

(٦) الشيخ عبد الوهاب خلاف . المرجع السابق ص ١٢٣ .

قبيل الخجاز البعيد فهو يقول: « ومن الخجاز البعيد عن الحقيقة تسمية ما خفف عنا من الإصر والأغلال التي وجبت على من قبلنا في الملل السابقة رخصة ... » (١).

النوع الثاني: — العقود الإستحسانية التي جاءت على خلاف القياس مثل عقد السلم ، فقد ورد أن النبي (ﷺ) قد نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ولكنه رخص في السلم (٢) فاعتبرت صحة عقد السلم رخصة . وقد قال فخر الإسلام البزدوى إن ذلك مجاز .

على أن هناك قاعدة أصولية مشهورة تقضى بأنه : « لا يكلف شرعاً إلا من كان قادراً على فهم دليل التكليف أهلاً لما كلف به ، ولا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علماً يحمله على امثاله » (٣) . فهذه القاعدة تبين الشروط الواجب توافرها في المكلف أى الشخص المسئول ، والشروط الواجب توافرها في الفعل المكلف به أما شروط المكلف فيشترط فيه : —

أولاً : أن يكون قادراً على فهم دليل التكليف ، أى أن يكون في استطاعته فهم النصوص الشرعية التي جاءت بالحكم التكليفي ، لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمثل ما كلف به .

ثانياً : أن يكون أهلاً لما كلف به ، أى أن يكون أهلاً للمسئولية وأهلاً للعقوبة .

أما شروط الفعل المكلف به فيشترط فيه :

أولاً : أن يكون ممكناً ، فلا تكليف بمستحيل .

ثانياً : أن يكون مقدوراً للمكلف ، أى في قدرة الشخص إتيانه أو تركه ، فإن لم يكن كذلك فلا يصح التكليف به .

ثالثاً : أن يكون الفعل بعد إمكانه وقدرة المكلف عليه معلوماً للمكلف علماً تاماً يحمله على الإمثال (٤) .

(١) المستصفي للغزالي — المرجع السابق ص ٩٨ .

(٢) الجامع الصحيح لأبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ح ٥ ص ٥٦ — طبعة دار الفكر — بيروت .

(٣) الشيخ عبد الوهاب خلاف في أصول الفقه ص ١٧٣ .

(٤) المرحوم عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ح ١ ص ١١٦ مؤسسة الرسالة .

المبحث الثاني

في

الطبيعة القانونية للضرورة

ذهب الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للضرورة لمذاهب شتى ؛ فمن الفقهاء من يعتبر الضرورة سبباً مبيحاً^(١) للجريمة . وقد انتقد هذا التكييف على أساس أن الضرورة ليست من أسباب الإباحة بالنسبة للجريمة ، ذلك لأن السبب المبيح هو الذي يرفع عن السلوك صفة الجريمة . ويثبت له كذلك صفة السلوك المشروع في نظر كافة فروع القانون . والحقيقة أن حالة الضرورة لا يترتب عليها ذلك الأثر — كما سنوضح فيما بعد — لأنها إذا استبعدت الجزاء الجنائي ، فإنها لا تعفى فاعل جريمة الضرورة من الجزاء المدني وهو دفع تعويض لمن أصابه ضرر هذه الجريمة^(٢) كذلك يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الضرورة حق لمن يوجد في حالة الضرورة . وقد انتقد كذلك هذا الرأي بالتقيد السابق نظراً لاستتباع الجزاء المدني^(٣) ومن الفقهاء الجنائيين من يعتبر الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية^(٤) كذلك من الفقهاء من يعتبر حالة الضرورة مانعاً من موانع العقاب^(٥) ويصورون ذلك بقولهم في تعليل ذلك « بعدم جدوى العقاب

(١) الأستاذ عبد الحميد بدوي وقد أشار إلى ذلك د . رؤوف عبيد في مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري طبعة سنة ١٩٦٢ م الطبعة الأولى ص ٥٢٩ ، وكذلك الأستاذ إبراهيم زكي أختوخ في حالة الضرورة في قانون العقوبات طبعة سنة ١٩٦٩ ص ١١٣ وما بعدها . ويقصد بالسبب المبيح « رفع وصف الجريمة عن سلوك ما . على الرغم من أنه ينطبق عليه هذا الوصف ؛ وأنها بمثابة إقرار من القانون الجنائي لقاعدة ما في قانون غير جنائي تحييز ذلك السلوك وترخص به » .
(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٩٠٩ .
(٣) المرجع السابق .

(٤) يقصد بموانع المسؤولية : « وقوع الجريمة مكتملة الأركان من غير عقاب فاعلها ، وذلك لتجريد الجنائي من الإدراك أو من حرية الاختيار « أو « هي الأسباب التي تفقد الشخص قدرته على التمييز أو الاختيار فتجعل غير أهل لتحمل المسؤولية الجنائية وذلك مثل صغر السن — الجنون — السكر . ومن أيد هذا التكييف د . محمود نجيب حسني في القسم العام من قانون العقوبات ص ٨٦ : هامش (١) .

(٥) يقصد بموانع العقاب : « وقوع الجريمة مكتملة أركانها بدون عقاب فاعلها وذلك لعدة يرى واضح القانون معها أن رفع العقاب أوتي من إنزاله . وهي أوسع مدى من موانع المسؤولية . فيرفع العقاب رغم توافر الإدراك وحرية الاختيار « ومن ذهب إلى ذلك د . عوض محمد المرجع السابق ص ٥٠٢ .

للمجتمع » : فإذا كان المدعى عليه قد ضحى بحق قليل الأهمية في سبيل صيانة حق أكثر أهمية . ففعله ذو منفعة للمجتمع ، فلا وجه للعقاب عليه ، وإذا كان الحقان متساويين ، فلا جدوى من العقاب لأنه قد أحاطت بالمدعى عليه ظروف إستثنائية دفعته إلى الفعل ، فهو ليس في الظروف العادية خطراً حتى تستهدف العقوبة إصلاحه . وهذا تصوير كامل لموانع العقاب (١) .

كذلك يذهب البعض إلى أن الضرورة تعتبر من قبيل الإكراه المعنوي ، فمن يوجد في حالة ضرورة هو مكره على الفعل الذي يخلصه منها . وهذا الرأي منتقد ، فمن يوجد في حالة ضرورة ، لا يباشر إنسان ما عنفاً لا على جسمه ولا على نفسه ليدفع به إلى ارتكاب الجريمة ، فهي فعله لا من الناحية المادية وحدها ، وإنما من الناحية النفسية أيضاً (٢) كذلك فإن حالة الضرورة لا تفرض على من يوجد فيها فعلاً بعينه ، وإنما عليه أن يتصور وسيلة للخلاص منها ، ويتخير الفعل الذي يقدر أنه سبيل الخلاص من الخطر المهدد به ، ثم إن هذا الرأي غير صحيح حيناً يكون المهدد بالخطر شخصاً غير من ارتكب الفعل كالطبيب الذي يقضى على الجنين إنقاذاً للأم في ولادة عسرة ، إذ لا يصدق على الطبيب أنه خاضع لإكراه (٣) ومن الفقهاء من يعتبر الضرورة سبب إباحة في أحوال ومانع مسئولية في أحوال أخرى (٤) وفي هذا الشأن يقول الدكتور محمود مصطفى : « أن التأصيل القانوني الصحيح كان يقتضى اعتبار الضرورة في بعض صورها سبباً مبيحاً لا مانعاً من المسئولية ، ويعنى بذلك الصورة التي يرتكب فيها فعل الضرورة لدرء خطر جسم يهدد نفس الغير لا نفس الفاعل ، وذلك لأن ارتكاب الجريمة لم يكن نتيجة لتأثير في الإرادة ، فمرتكب الفعل يتمتع بالقدر اللازم من حرية الاختيار ، بل كان نتيجة للموازنة بين حقين ، وتضحية أحدهما في سبيل صيانة آخر يعلو عليه أو يتساوى معه في قيمته . وحاصل هذا أن الضرورة في مذهبه ليست لها طبيعة واحدة ، وإنما هي مانع مسئولية في بعض صورها وسبب إباحة في البعض الآخر » (٥) أما التشريعات

(١) د . محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات القسم العام ص ٥٨٦ هامش (١) .

(٢) د . رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٩٠٩ .

(٣) د . محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق .

(٤) د . محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٤٧ .

(٥) المرجع السابق .

المعاصرة فمنها ما يحدد طبيعة الضرورة بالنص الصريح ، ومنهم ما يكتفى ببيان حكمها والنص على شروطها . والحاصل أن الخلاف في الطبيعة القانونية للضرورة ليس إلا فرعاً من الخلاف في أساسها وعلتها . هذا وتدور الآراء المختلفة التي أبديت لتبرير الإعفاء من المسؤولية في حالة الضرورة من الوجهة الفقهية حول مذهبين ؛ مذهب يبحث عن علة الإعفاء في شخص الجاني ، ومذهب يبحث عن علته في الفعل المرتكب تحت ضغط الضرورة^(١) .

أولاً : فعلى المذهب الأول يعد الفعل المرتكب تحت ضغط الضرورة جريمة وإن كان فاعله لا يعاقب . وعلى هذا تكون الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية^(٢) وقد اختلف أصحاب هذا المذهب في تعليقه .

فمنهم من يرجعه إلى الإكراه على اعتبار أن من يرتكب الجريمة تحت حكم الضرورة ، هو في الواقع مكره على ارتكابها ، فهو وإن كان يحتفظ بقدر من اختياره ، إلا أن هذا القدر ضئيل لا يعتد به لأن مجال الاختيار لديه يضيق إلى حد كبير ، ولا يقدر على مواجهة الضرورة إلا غير العاديين من الناس ، وهؤلاء لا يقاس عليهم .

ويعيب هذا الرأي — كما سبق — أنه لا يصلح لتعليل الإعفاء إلا في بعض صور الضرورة ، وهي التي يتحقق فيها معنى الإكراه ، على ما تقدم ، ولا يصلح لغيرها من الصور التي يكون الجاني فيها مجرداً عن كل معاني القهر .

ومنهم من يستند في تعليل الإعفاء إلى عدم الفائدة من عقاب من يرتكب الجريمة تحت حكم الضرورة ، لأن من يرتكب جريمة في مثل هذه الظروف ليس شيئاً يستحق المؤاخظة ، وإن تحقق العقوبة الغاية المرجوة منها في شخصه ، فهو ليس في حاجة إلى إصلاح ، ولا فائدة من زجره لأن من يكون في ظروف كهذه فلن تزجره عقوبة .

(١) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٤١٩ ، وقد أشار سيادته إلى فيدال ومانيول ح ١ رقم ٢١٢ — ٢١٧ .

(٢) ومن أنصار هذا الرأي . د . محمود نجيب حسني المرجع السابق ص ٥٨٦ .

ثانياً: — وعلى المذهب الثاني لا يعد الفعل المرتكب جريمة ، فهو لا يخضع لقانون العقوبات لأن الضرورات تبيح المحظورات (١) . ثم إن حالة الضرورة تقوم على أساس توضيحية حق في سبيل صيانته حق آخر ، فإذا كان الحق المضحي به دون الحق المصون ، فتوضيحه واجبة ، لأن المصلحة العامة تقتضي إلقاء الضرر الأشد بما هو أخف ، وإذا كانا متساويين في القيمة فسيان في نظر القانون توضيحية أيهما ما دامت صيانة أحدهما لا تكون إلا بتوضيحية الآخر ، من أجل ذلك لا يهيم هذا الفعل الهيئة الإجتماعية ولا يتداخل فيه القانون . وهذا المذهب يقوم على أساس المفاضلة بين الحقوق . وهذا الرأي يصدر حالة الضرورة على أنها « مانع من موانع العقاب » (٢) . وكما قلنا فإن هناك من الفقهاء من يعتبر الضرورة سبباً من أسباب الإباحة (٣) ومنهم من يعتبرها سبباً لإباحة في أحوال وموانع عقاب في أحوال ، أو سبب مبيح في أحوال وموانع من موانع المسؤولية في أحوال أخرى (٤) . ومنهم من يراها سبب إعفاء من المسؤولية الجنائية ، وذلك لأن الرجل العادي من شأنه لو وجد في تلك الحالة ، أن يرتكب الجريمة دفاعاً للضرر الجسمي عن نفسه أو نفس غيره (٥) . وإذا نظرنا إلى القانون المصري فإنه يعد الضرورة ، بمعناها العام الذي يشمل الإكراه المعنوي ، مانعاً من موانع المسؤولية فهي ترفع المسؤولية ولا تبيح الفعل ، ونص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري صريح في هذا المعنى بقوله : « لا عقاب على من ارتكب جريمة الجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسمي على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى » . ومن أجل ذلك قيل بأن علة الإعفاء هو الإكراه الذي يكون فيه الجاني (٦) وهو تعليل يستقيم مع بعض صورها ، وهو الإكراه المعنوي بمعناه الخاص والضرورة الملحة التي يتحقق فيها

(١) د . السيد مصطفى السيد . المرجع السابق ص ٤١٩ .

(٢) من أنصار هذا الرأي . د . عوض محمد في قانون العقوبات ص ٥٠٢ .

(٣) د . رؤوف عبيد في مبادئ القسم العام من التشريع العقابي المصري ، المرجع السابق ص ٥٢٩ ، وكذلك الأستاذ إبراهيم زكي أختوخ في حالة الضرورة في قانون العقوبات سنة ١٩٦٩ ص ١١٣ وما بعدها .

(٤) د . محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٤٧٧ .

(٥) د . رمسيس بهام ، المرجع السابق ص ٩٠٩ .

(٦) د . السيد مصطفى السيد في الأحكام العامة ص ١٨ ؛ وقد أشار سيادته إلى د . علي راشد .

معنى الإكراه ، ولكنه لا يستقيم في الصور الأخرى التي لا يكون فيها أى معنى من معاني الإكراه . والأوفق أن يقال ، في مثل هذه الأحوال ، إن عله الإعفاء هي المصلحة الإجتماعية التي ترجى من الإعفاء وانتفاء الفائدة من العقاب ، لأن من يرتكب جريمة في مثل هذه الظروف لا يستحق المؤاخظة^(١) كما إنها ليست سبباً من أسباب الإباحة ، لأن نصوص القانون المدني واضحة الدلالة ، على أن النظام القانونى المصرى لا يعتبر الضرورة سبب إباحة ، فالمادة ١٦٨ من القانون المذكور تنص على أن من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً . والفقهاء والقضاء على أن فعل المضطر وإن لم يستوجب — في هذه الحالة — تعويضاً كاملاً إلا أنه يعتبر غير مشروع ، وهو يعتبر من باب أولى إذا تساوى الضرر المدفوع مع الضرر الحادث^(٢) .

(١) المرجع السابق .

(٢) د . عوض محمد في قانون العقوبات ويرى سيادته في أن الضرورة في القانون المصرى ليست من موانع المسؤولية بالمعنى الدقيق ، وإنما هي مانع من موانع العقاب فحسب ، المرجع السابق ص ٥٠٢ .

المقارنة بين الشريعة والقانون في طبيعة الضرورة

بيننا فيما سبق التكييف الشرعي والقانوني لحالة الضرورة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ورأينا كيف أن فقهاء القانون اختلفوا على أنفسهم في تكييف حالة الضرورة باختلاف الأزمنة واختلاف الآراء واختلاف التعليل لها ، فمنهم من ذهب إلى كونها سبب إباحة ، ومنهم من ذهب إلى أنها حق لمن يوجد في حالة الضرورة ، ومنهم من اعتبرها مانع من موانع المسؤولية ، ومنهم من قرر أنها مانع من موانع العقاب حيث إنهم يقولون بعدم جدوى العقاب للمجتمع ، لأن المدعى عليه قد ضحى بحق قليل الأهمية في سبيل صيانة حق أكثر أهمية ، فيعتبر فعله هذا ذو منفعة للمجتمع ، فلا وجه للعقاب عليه ، حتى ولو كان الحقان متساويين ، حيث أحاطت بالمدعى عليه ظروف استثنائية دفعته إلى هذا الفعل المجرّم . ومن الفقهاء من يعتبر الضرورة من قبيل الإكراه المعنوي ، فمن يوجد في حالة ضرورة هو مكره على الفعل الذي يخلصه منها . وكل هذه الآراء تعرضت للنقد ولم ينجح تكييف واحد من النقد حتى حدا ببعض فقهاء القانون الوضعي إلى القول بأن الفعل المرتكب في حالة الضرورة لا يعتبر جريمة ولا يخضع لقانون العقوبات وعلل ذلك بقوله لأن : « الضرورات تبيح المحظورات » أخذاً بالقاعدة الفقهية المشهورة في التشريع الإسلامي^(١) وهذا ما جعل التشريعات الوضعية الحديثة تنص صراحة على بيان حالة الضرورة وحكمها وشروطها تلافياً للنقد الموجه لكل رأى .

أما إذا دققنا النظر في الشريعة الإسلامية ، شريعة السماء التي نزلت من فوق سبع سموات على قلب المبعوث رحمة للعالمين ، لسعادة الناس في دينهم وديانهم نجد أنها اعتبرت جرائم الضرورة من الواجبات التي يجب على المضطر أن يفعلها في بعض الأحيان وذلك كتناول المحرمات من المطعم والمشروب انقازاً لحياته من الهلاك ، وأنه إذا امتنع من أكلها يكون آثماً لامتناعه ، لأن حالة الضرورة تجعل المحظور مباحاً ، والامتناع من تناول المباح إلى حد تلف النفس محظورٌ يأثم به فاعله ، لأن فيه معنى قتل النفس ، وقتل النفس لا يجوز

(١) راجع كلاً من د. السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة لقانون العقوبات ص ٤١٩ ،

د. عوض محمد في قانون العقوبات ص ٥٠٢ .

لقوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً »^(١) وذلك لأن نفس الإنسان ليست ملكه على وجه الحقيقة ، وإنما هي بمثابة الوديعة أو العارية عنده ، لأن مالكها وخالقها هو الله جل جلاله وليس من حق الإنسان وهو بمثابة الوديعة أو المستعير إتلاف ما استودعه الله إلا إذا أذن له تعالى بهذا الإتلاف في حالات معينة كالقتال في سبيل الله .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يأتي التكييف الشرعي لجرائم الضرورة بأن ذلك رخصه رخصها الله لعباده الضعفاء الواقعين في أمثال هذه الظروف الصعبة ، والله سبحانه وتعالى يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه — كما ورد في الأثر — ويقول الإمام الغزالي في معرض من يترك الأخذ بالرخصة حتى يهلك : « وارتكاب أهون الضررين يصير واجباً وطاعة بالإضافة إلى أعظمهما ، كما يصير شرب الخمر واجباً في حق من غص بلقمة ، وتناول طعام الغير واجباً على المضطر في الخمصة ، وإفساد مال الغير ليس حراماً لعينه . ولذلك لو أكره عليه بالقتل وجب أو جاز ... »^(٢) فالذي يؤخذ من النصوص أن الرخص كلها شرعت للترفيه والتخفيف عن المكلف بإباحة فعل المحرم ، فكل محرم عند الضرورة يباح بلا تفریق بين محرم ومحرم . وفي كلا الأحوال أبيض المحذور للضرورة . وأن حكم الحظر ودليله قائمان . ومعنى إباحة المحذور ترخيصاً ، أنه لا إثم علي فاعله ولا في فعله . وإلى هذا شار المولى تبارك وتعالى بقوله : « فإن الله غفور رحيم »^(٣) وكل ذلك رحمة ورأفة وتخفيفاً على عباد الله المضطرين قال تعالى : « ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير »^(٤) .

(١) الآية ٢٩ سورة النساء .

(٢) المستصفي للإمام أبو حامد الغزالي ج ١ ص ٩٨ .

(٣) من الآية ٣ سورة المائدة .

(٤) الآية ١٤ سورة الملك .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعٌ

عبد الرحمن النجدي
أسكنم الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثالث

في

شروط حالة الضرورة في كل من الفقه الإسلامي والقانون
وفيه مبحثان

المبحث الأول : شروط حالة الضرورة في الفقه الإسلامي
المبحث الثاني : شروط حالة الضرورة في القانون

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الأول

في

شروط حالة الضرورة في الفقه الإسلامي

من خلال دراستنا لأحوال الضرورة في الشريعة الإسلامية ، ومن النظر في المسائل المبعثرة أو المتفرقة في مختلف أبواب الفقه الإسلامي نستنتج أن هناك شروط لا بد أن تتوفر في حالة الضرورة ومن هذه الشروط :

أولاً : أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء .

ثانياً : أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة ، فليس للجائع أن يأكل من الميتة قبل أن يجوع جوعاً يخشى منه التلف .

ثالثاً : أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة ، فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم .

رابعاً : أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها ، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا ما يرد جوعه .

خامساً : ألا يكون لإرادة المضطر دخل في هذا الخطر .

الشرط الأول : أن تكون الضرورة ملجئة

لكي تتحقق الضرورة في الشريعة الإسلامية ، فلا بد أن تكون ملجئة ، بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء ، أو بمعنى أن يستضر به ضرراً كبيراً بحيث يؤدي به إلى الهلاك أو التلف لأحد الأعضاء ، وهذا مستفاد من لفظة الضرورة فهي مأخوذة من الاضطرار وهو الحاجة الشديدة ولهذا شرعت الرخص بناء على أضرار الناس وظروفهم الطارئة . أو كما يقول الشاطبي في تعريف الرخصة : « ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه ... »^(١) . ولهذا وضعت القاعدة المشهورة التي تكلمنا عنها آنفاً وهي : « الضرورات تبيح المحظورات » والمحظور هو الحرام المنهى عن فعله ومعنى القاعدة : أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة من الأحكام التي تتعلق بفعل المكلف حكم يتعلق به أولاً وبالذات مقاصد أخروية وهي إما عزيمة وإما رخصة وهذه القاعدة التي معنا تتعلق بالرخص الشرعية فيما إذا كانت هناك ضرورة ملجئة على النفس بالقتل أو التلف الشديد للأعضاء وذلك كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عن الجماعة ، وأكل لحم الخنزير ، وإساعة اللقمة بالخمير عن الغصة أو العطش الشديد ، أو عند الإكراه التام بقتل أو قطع عضو ، لأن الاضطرار كما يتحقق بالجماعة يتحقق بالإكراه التام لا الناقص . فهذه الأشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى : « إلا ما اضطررتم إليه »^(٢) أي دعتكم شدة الجماعة لأكلها والاستثناء من التحريم إباحة . وكما قلنا ، فإن الاضطرار كما يتحقق بالجماعة الشديدة والعطش الشديد ، والمرض ، يتحقق أيضاً بالإكراه التام فيباح تناول ومحرم الإمتناع ، حتى لو امتنع حتى مات أو قتل كان آثماً ، لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه إلى التهلكة وقد نهى عن ذلك حيث قال المولى تبارك وتعالى : « ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة »^(٣) . وهناك مراتب ذكرها الفقهاء في قاعدة أخرى تلخص في قولهم : « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة »^(٤) فالمراد بالحاجة هنا ما كانت دون

(١) الموافقات للشاطبي ج ١ ص ٣٠١ .

(٢) من الآية ١١٩ سورة الأنعام .

(٣) من الآية ١٩٥ سورة البقرة .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦ ، وأشباه ونظائر السيوطي ص ٨٤ ، وشرح المجلة العذلية

للأناسي مادة ٣٢ ص ٧٥ .

الضرورة ، لأن مراتب ما يحصر الشرع على توفيره للإنسان ثلاثة وهى :—

الأولى :— الضرورة وهى بلوغ الإنسان حداً إذا لم يتناول الممنوع عنده هلك أو قارب الهلاك . وهذا يبيح تناول الحرام كما فصلنا من قبل .

الثانية :— الحاجة وهى بلوغ الإنسان حداً لو لم يجد ما يأكله لم يهلك ، غير أنه يكون فى جهد ومشقة . فهذا لا يبيح الحرام ولكنه يسوغ الخروج على بعض القواعد العامة ويبيح الفطر فى رمضان .

الثالثة :— الكمالية أو التحسينية وهى ما يقصد من فعله نوع من الترف وزيادة فى لين العيش دون الخروج عن الحد المشروع وما عدا ذلك فهو زينة وفضول فإذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس ، أو خاصة بشخص ما نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة فى جواز الترخيص لأجلها^(١) . فمن الحاجة العامة : مشروعية الإجارة والسلم ونحوها جوزت على خلاف القياس لعموم الحاجة إليها ، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة ، لأن الإجارة والسلم بيع معدوم — وبيع المعدوم باطل . ولكنه جوز هنا حاجة الناس إلى ذلك . ولكن يلاحظ أنه فى المرتبة الثانية والثالثة لا تبيح ارتكاب المحرم لأننا كما سبق القول عرفنا الضرورة : « بأنها الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً »^(٢) وهذا الإلجاء قد يكون بفعل الغير كما فى الإكراه ونحوه ، وقد يكون بسبب ظروف طارئة وقوة قاهرة كالمخمة التى يكون فيها الإنسان أو الجماعة العامة التى يكون فيها الناس . هذا والممنوع شرعاً الذى يضطر إلى تناوله المضطر قد يكون مطعوماً أو مشروباً . كما قد يكون قتل نفس أو فعل فاحشة أو إتلاف مال . كما قد يكون الغرض من ارتكاب المحذور دفع هلاك النفس أو تلف المال أو ارتكاب الفاحشة . والمنظور إليه فى تحديد حالات الضرورة قد يكون أسباب الضرورة أو ما تندفع به أو الغرض المقصود من دفعها بارتكاب المحذور . والذى نختاره أساساً لتحديد حالات الضرورة ، هو ما تندفع به ، أى ما يضطر المضطر إلى تناوله من المحظورات . وعلى هذا الأساس تكون حالات الاضطرار هى :—

١ — الإضطرار إلى قول الباطل كالنطق بكلمة الكفر عند الضرورة .

(١) شرح المجلة العدلية للأناسى مادة (٣٢) ص ٧٥ .

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية للفقهاء الأستاذ على حيدر ح ١ ص ٣٤ .

- ٢ - الإضطرار إلى إتلاف نفس وفعل فاحشة .
 - ٣ - الإضطرار إلى أخذ المال أو إتلافه .
 - ٤ - الإضطرار إلى تناول المحظور من مطعوم ومشروب . كالميتة والخمر .
 - ٥ - الإضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها من أمور العلاج .
- وبمشيئة الله تعالى ، سنقوم ببيان هذه الأمور تفصيلاً بعد الإنتهاء من الشروط .

الشرط الثاني أن تكون الضرورة قائمة

يشترط الفقهاء في إباحة جرائم الضرورة ، أن تكون الضرورة حالة أى قائمة لا منتظرة ، فليس للجائع مثلاً أن يأكل من الميتة قبل أن يجوع ، لأن الشريعة الإسلامية حرمت بعض الأطعمة والمشروبات ، وقد ورد هذا التحريم في كتاب الله تعالى وسنه رسوله محمد ﷺ ، وذلك مثل الميتة والدم ولحم الخنزير والخمر وما أهل به لغير الله ونحو ذلك . فلا يجوز للمسلم تناول هذه المحرمات بحال من الأحوال في حالة السعة والإختيار . ولكن أباحها المولى تبارك وتعالى في حالة الاضطرار توسعة منه على عباده الضعفاء ، لأن الإنسان عندما يكون مضطراً يكون ضعيفاً عاجزاً مشرفاً على الهلاك إن لم يتناول هذا المحرم يقول المولى تبارك وتعالى في أكثر من موضع في كتابه العزيز : « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم » (١) . وقوله تبارك وتعالى : « وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ... » (٢) قال العلماء في تفسير الآيتين : إن المضطر هو الذى أصابه الضرر ، والضرر هو الألم الذى لا نفع فيه يوازيه أو يزيد عليه . وقال ابن العرى : والمراد في كتاب الله تعالى بقوله : « فمن اضطر » أى خاف التلف ، فسماه الله تعالى مضطراً وهو قادر على تناول (٣) هذا والضرورة الحالية هي التي توشك أن تقع إن لم يستجب المضطر لتناول المحرم ، فإن كانت الضرورة غير حالة أو غير قائمة وكان هناك فسحة من الوقت ، لا يحل للإنسان الاقتراب من المحرم لأن العلة التي من أجلها أبيع المحرم غير موجودة، وكذلك إن وجدت العلة وزالت لا يصح الأخذ بالرخصة بمجرد زوال العلة . والأصل في ذلك الحكم قاعدة فقهية مشهورة مؤداها : « بأن العلة تدور مع المعلول وجوداً

(١) الآية رقم ١٧٣ سورة البقرة .

(٢) الآية رقم ١١٩ سورة الأنعام .

(٣) أحكام القرآن لابن العرى ح ١ ص ٥٧ .

وعدماً « وأن الأصل أن تزول الأحكام بزوال عللها متوحدة لا متعددة^(١) أو الحكم إذا أثبت بعلة زال بزوالها^(٢). فهذه القواعد الفقهية كثيرة التردد على أسنة الفقهاء وأقلامهم في مواضع التعليل؛ لأن الأحكام التي أناطها الشارع بعلة نجدتها كثيراً ما تكون قابلة للتغير، فإنها تثبت بثبوت العلة وتنتفي بانتفائها ومما يتخرج على هذه القاعدة: أن الخمر لما كان موجب تحريمها ونجاستها هي الشدة المطربة، فإذا زالت تلك العلة وانقلبت الخمر بنفسها خالاً كانت طاهرة وذلك باتفاق العلماء^(٣) وكذلك العصير الطاهر إذا انقلب خمراً زالت طهارته وأصبح مسكراً ومحرم^(٤). وكذلك الصبا، والسفه، والإغماء، والنوم، والجنون أسباب لزوال التكليف ونفوذ التصرف؛ فإذا زالت هذه الأسباب حصل التكليف ونفذ التصرف، وكلما عاد النوم أو الأغماء أو الجنون زال التكليف بزوال علته. وكذلك موانع ولاية النكاح في حق الأولياء ترفع الولاية بزوالها وتعود بارتفاعها^(٥). ومن هذا القبيل: إذا سافر شخص في رمضان، فرخص له بالفطر فيه، فإذا أقام بعد ذلك لزمة الصوم، وذلك لأن علة الرخصة هي السفر، فعند وجود العلة رخص له الفطر، وعند انتفائها انتفت الرخصة كذلك الحال نفسه في حالة الاضطرار، فإذا كانت الضرورة حالة وقائمة، كان للإنسان أن يأخذ بالرخص التي رخصها له المولى تبارك وتعالى، رحمة ورأفة وصدقة بعبادة، نظراً لوقوعه في حالة الضرورة التي تكون نتيجةها — إن لم يتناول المحظور — هلك أو قارب الهلاك، والمرجع في تقدير حالة الضرورة من عدمها هو الإنسان نفسه الواقع تحت تأثير الحالة نفسها وإلى ظنه إذا بنى على أسباب معقولة^(٦) والمعيار في ذلك معيار الرجل العادى. وقد قال القرطبي في تفسيره عن حالة الاضطرار: « فأباح الله تعالى في حالة الإضطرار جميع المحرمات لعجزه على جميع المباحات^(٧) » وقال أيضاً في تفسير قوله تعالى: « إلا ما اضطررتم إليه » يريد

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ح ٢ ص ٤ .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ح ٢١ ص ٥٠٣ .

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ح ٢ ص ٤ .

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ح ٢١ ، ص ٥٠٢ ، ص ٥٠٣ ، ص ٤٧٥ .

(٥) العز بن عبد السلام — المرجع السابق .

(٦) عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الإسلامي ح ١ ص ٥٦٧ .

(٧) تفسير القرطبي . الجامع لأحكام القرآن محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ح ٢ ص ٢٣٢ .

من جميع ما حرم كالميتة وغيرها ، ويفسر الميتة ما مات من الحيوان حتف أنفه ويخرج منها ميتة السمك والجراد للحديث الشريف^(١) وقد قال ابن قدامة الحنبلي في المغنى بعد أن بين إباحة الأكل من الميتة عند الاضطرار : « وكذلك سائر المحرمات »^(٢) فنخلص من كل ذلك : إلى الشرط الذى ينص بأن تكون حالة الضرورة قائمة ومتواجدة وحالة والإحرام على الإنسان الاقتراب من المحظور .

(١) تفسير القرطبي ج ٧ ص ٧٣ .
(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٥٩٥ .

الشرط الثالث

أن تكون الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر

من الشروط التي تطلبها الفقهاء بالنسبة لجريمة الضرورة هي ، ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا ارتكاب الجريمة . فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح ، إمتنع دفعها بفعل محرم فمثلاً الجائع الذي يستطيع شراء طعام أو أخذه على سبيل الهبة أو الصدقة ليس له أن يحتج بحالة الضرورة ، ومن القواعد الفقهية المشهورة في هذا الشأن قولهم : « أن الضرر لا يزال بمثله أو بالضرر »^(١) فهذه القاعدة تعتبر قيداً على القاعدة المشهورة : « الضرر يزال » . لأن إزالة الضرر لا تكون بإحداث ضرر مثله ولا بأكثر منه بالأولى ، فالشرط إذاً أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبالأخف منه . فعلى ذلك لا يجوز لإنسان محتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً أن يأخذ مال محتاج مثله ، كما لا يجوز لمن أكره بالقتل على القتل أن يقتل إذا كان المراد قتله مسلماً بغير وجه حق^(٢) . أما إذا لم يكن هناك سبيل غير ارتكاب الجريمة فيكون له أن يختار الأخف فالأخف أو بمعنى أن : « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » أو يختار أهون الشرين أو أخف الضررين ، وكما بينا في شرح القاعدة المشهورة : « إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما »^(٣) فهذه القواعد كلها تدور حول معنى واحد وهي أن الأمر إذا دار بين ضررين أحدهما أشد من الآخر فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد والأصل في كل هذه القواعد قولهم : « إن من إبتلى بيليتين — وهما متساويتان — يأخذ بأبيتهما شاء ، وإن اختلفتا — يختار أهونهما ، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة »^(٤) فمثلاً لو كان برجل جرح لو سجد سال دمه ، فإنه يومئ ويصلي قاعداً ، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث — عند من يوجبون انتقاض الوضوء عند سيلان الدم — مع أن ترك

(١) أشباه ونظائر السيوطي ص ٨٦ .

(٢) شرح المجلة العدلية للأناسي المادة ٢٥ ص ٩٣ .

(٣) أشباه ابن نجيم الحنفى ص ٨٩ .

(٤) أشباه السيوطي ص ٨٧ .

السجود أيضاً في هذه الحالة يدفع عن الجريح ضرر خروج الدم ونزفه ، وكذلك يجوز شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين إذا كانت حياته ترجى . وكذلك لو هدد بالقتل أو يرمى نفسه من مكان عالٍ — كالمنارة مثلاً — فهل له الخيار ؟ وهل المفسدتان هنا متساويتان ؟. قيل بذلك . ولكن أرى أن يصبر فيقتل شهيداً . أهون من أن يرمى بنفسه من المنارة . لما في إلقاء نفسه من شبهة الانتحار وهو لا يجوز بحال ، ولا يجوز أن يعين الإنسان على قتل نفسه .

الشرط الرابع دفع الضرورة بالقدر اللازم

يشترط الفقهاء في جريمة الضرورة ، أن تدفع الضرورة بالقدر اللازم لدفعها ، فليس للجائع أن يأخذ من طعام غيره إلا بما يرد جوعه دون زيادة . فإن زاد على القدر اللازم صار متعدياً وهناك في الشريعة الإسلامية ما يؤكد على هذا الشرط ، ومن ذلك قول الفقهاء : « الضرر يدفع بقدر الإمكان » ومعنى ذلك : أن الضرر يدفع شرعاً ، فإن أمكن دفعه بدون ضرر أصلاً كان أحسن ، وإلا فيتوصل لدفعه بالقدر الممكن واللازم لدفع الضرر دون زيادة . وهذه القاعدة تفيده وجوب دفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل والإمكانات المتاحة وفقاً لقاعدة المصالح المرسله والسياسة الشرعية فهي من باب — الوقاية خير من العلاج — وذلك بقدر الاستطاعة ، لأن التكليف الشرعى مقترن بالقدرة على التنفيذ .

ومن القواعد المشهورة في الفقه الإسلامى قولهم : « ما أبيع للضرورة يتقدر بقدرها » أو « الضرورات تقدر بقدرها »^(١) ويترتب على هذه القاعدة مسائل كثيرة منها :—

أن اليمين الكاذبة لا تباح للضرورة وإنما يباح التعريض لاندفاع الضرورة . به .

ومنها : أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق .

ومنها : أن المرضعة إذا ظهر بها حبل وانقطع لبنها — وليس لأب الصغير ما يستأجر به مرضعة ولم يمكن استغناء الطفل بغير ثدى أمه — وخيف هلاك الولد قالوا : يباح أن تعالج المرضعة في استئزال الدم مادام الحمل نطفة أو علقة أو مضفة لم يخلق له عضو ، وقرروا تلك المدة بمائة وعشرين يوماً . وإنما أبيع هنا إفساد الحمل لأنه ليس بآدمى . فيباح لصيانته الآدمى ولا يجوز بعد مضي مائة وعشرين يوماً ، لأنه يكون قتل نفس محترمة لصيانة نفس أخرى .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦ ، وأشباه السيوطى ص ٨٤ .

ومنها : إن الكفار في حال الحرب إذا ترسوا بأسرى المسلمين أو بصبيانهم ، أو بنوا معسكرات لهم بين المسلمين ، فلا بأس بالرمى عليهم لضرورة إقامة فرض الجهاد ولكن يقصد بالرمى الكفار دون المسلمين (١) .

ومنها : إذا اضطر محارب في دار الحرب إلى الطعام أخذ من الغنيمة قبل القسمة على سبيل الحاجة . ولكن بعد الخروج من دار الحرب لا يجوز له ذلك ويجب عليه رد ما فضل منه إلى الغنيمة حتى لا يعتبر سرقة وغلول ، لأن الانتفاع بقدر الضرورة .

ومنها : جواز نظر الطيب إلى عورة المرأة لأغراض الفحص والمعالجة ، إلا أن نظر الطيب إلى مالا يحل له النظر إليه من جسم المرأة للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها فيما يتعلق بالكشف والنظر والجس باليد وغير ذلك من مقتضيات الفحص والمعالجة (٢) .

وإذا نظرنا إلى الأدلة التي وردت في كتاب الله تعالى بخصوص حالة الضرورة ، نجد أن أكثرها يتص على هذه القاعدة ومن ذلك قول المولى تبارك وتعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ فإن ربك غفورٌ رحيمٌ » (٣) وقوله تعالى : « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ... إلى قوله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا أثم عليه » (٤) فقد ورد لمعنى « غير باغ ولا عاد » معانٍ كثيرة أشهرها : أن الباغى هو آكل الميتة فوق الحاجة ، والعادى آكلها مع وجود غيرها ، قاله جماعة منهم قتادة والحسن وعكرمة .

وتحقيق القول في ذلك : أن العادى باغ ، فلما أفرد الله تعالى كل واحد منهما بالذكر ، تعين له معنى غير معنى الآخر لئلا يكون هناك تكرار يخرج عن الفصاحة الواجبة للقرآن ، والأصح والحالة هذه : أن معناه غير طالبٍ شراً ولا متجاوز حداً . فأما قوله « غير طالبٍ شراً » فيدخل تحته كل خارج على الإمام وقاطع للطريق وما في معناه . وأما قوله : « غير متجاوز حداً » معناه غير

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج ٢٨ ص ١٣٧ .

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ١٠ ص ١٦٨ .

(٣) الآية ١٤٥ سورة الأنعام .

(٤) الآية ١٧٣ سورة البقرة .

متجاوز حد الضرورة إلى حد الإختيار . ويحتمل أن تدخل تحته الزيادة على قدر الشيع كما قاله قتادة وغيره ولكن مع الدور لا مع التماهي (١) .

فمن كل ما تقدم يتبين لنا أن الرأي الأصح في الفقه الإسلامي ، أن الضرورة تقدر بالقدر اللازم لدفعها دون زيادة إلى حد الشيع ، أو متجاوز الحد في رد العدوان . لأن الزيادة تخرج من كونها ضرورة إلى كونها تجاوز وعدوان واعتداء وهذا يرجع إلى أصل الحرمة التي قررت لها في شريعة الإسلام ولهذا وضعت القاعدة الفقهية الشهيرة : « الضرورة تقدر بقدرها » .

(١) أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العرف . تحقيق على محمد الجاوي — دار المعرفة للطباعة والنشر — بيروت ح ١ ص ٥٧ .

الشرط الخامس ألا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر

هذا الشرط ذكره الفقهاء في معرض الإحتجاج بحالة الضرورة ، ويتضمن هذا الشرط عدم تدخل المضطر في حدوث هذا الخطر ، بمعنى أن لا يكون له دخل في إيجاد هذا الخطر ثم يأخذه ذريعة لارتكاب المحرم ومثلوا له الفقهاء بحالة الاضطراب الناشئة عن سفر المعصية ومضمون ذلك ، بأن من خرج لارتكاب معصية مثل قطع الطريق أو قتل إنسان معصوم الدم ، أو ارتكاب فاحشة ونحو ذلك من المحظورات الشرعية ، فأصابته ضرورة الجوع أو العطش مثلاً فهل له أن يتناول محظورات الأطعمة والأشربة وتحل له الرخصة الشرعية في الإسلام أم لا ... ؟

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية . إلى عدم إباحة شيء له من المحظورات والرخص الشرعية التي شرعها الله سبحانه وتعالى تخفيفاً على عبادة ، وذلك لأنه خرج للمعصية لا للطاعة ، والله تعالى أباح المحظور للمضطر عوناً له وتيسيراً ، والعاصي لا يستحق العون ولا التيسير ، فإن أراد فليتب أولاً ثم يأكل من هذه المحظورات^(١) وأيضاً فإن الله تعالى جعل شرط حل المحظور للمضطر أن يكون غير باغ ولا عادي ، والباغي هو طالب الشر الخارج على الإمام المفارق للجماعة وهو المراد بقوله تعالى : « فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تبغى إلى أمر الله »^(٢) . والعاذي هو المجاوز ما يجوز إلى مالا يجوز ، وكل ذلك من المعاصي التي تمنع إباحة المحظور وإن وجد الاضطراب ، وقد جاء في كتاب الأم للشافعي رحمه الله : « ومن خرج عاصياً لم يحل شيء مما حرم الله عز وجل بحال لأن الله تعالى إنما أحل مما حرم للضرورة على شرط أن يكون المضطر غير باغ ولا عاد ولا متجانف لإثم »^(٣) . وقال ابن قدامة في المغنى : « وقال أصحابنا ليس

(١) شرح الرزقاني على مختصر خليل . المطبعة البية بمصر سنة ١٣١٧ هـ - ٣ ص ٥٩ .

(٢) الآية رقم ٩ سورة الحجرات .

(٣) الأم لمحمد بن إدريس الشافعي مطبعة بولاق سنة ١٣٢١ هـ - ٢ ص ٢٥٣ .

للمضطر في سفر المعصية الأكل من الميتة كقاطع الطريق والآبق لقوله تعالى :
« فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ فلا إثم عليه » (١) وبهذا أخذت الشيعة الإمامية ،
فلا يباح عندهم للمضطر الباغى أو العادى تناول المحرم » (٢) .

هذا وقد تعجب البعض ممن يبيحون للعاصي الأخذ بالرخص الربانية فقد
قال ابن العزى : « وعجباً ممن يبيح ذلك له مع التماذى على المعصية ، وما
أظن أحداً يقوله فإن قاله فهو مخطىء قطعاً » فعلى ذلك يكون هو المتسبب في
خلق الضرورة .

(١) الآية ١٧٣ سورة البقرة .

(٢) أحكام القرآن لابن العزى ج ١ ص ٥٨ .

المبحث الثاني

في

شروط امتناع العقاب للضرورة في القانون

اشترط واضع القانون المصري لانطباق حكم المادة ٦١ من قانون العقوبات تحقق أمرين : أحدهما : قيام حالة الضرورة ، وثانيهما : فعل الضرورة أو جريمة الضرورة . ولكل أمر منهما شروط إذا اختلف بعضها امتنع تطبيق حكم الضرورة وتعين الرجوع إلى الأصل العام وهو عدم التمسك بحالة الضرورة وفعل الأمر المجرم . وبمشيئة الله تعالى سنقوم ببيان شروط كل حالة على حدة .

أولاً : شروط حالة الضرورة

الضرورة مناطها الخطر ، غير أن مطلق الخطر لا يكفي ، وإنما يلزم أن تتوافر في هذا الخطر شروط معينة لكي يكون هناك مجال للاحتجاج بحالة الضرورة والتمسك بها لرفع العقوبة التي كانت مترتبة على هذا الفعل . وهذه الشروط تتمثل في كون الخطر :

- ١ - خطر على النفس ٢ - أن يكون جسيماً ٣ - أن يكون حالاً
- ٤ - لا دخل لإرادة الفاعل في حلوله .

أولاً : الخطر

وجود خطر يهدد النفس :

وهذه العبارة يدخل في معناها ، كل خطر يهدد الحياة أو الجسم ، وكذلك كل خطر يهدد الإنسان في حريته أو عرضه أو سمعته . فلا مسئولية على من يغلق عليه الباب بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فلا يجد وسيلة تخلصه من الاعتقال سوى كسر الباب ، ولا على من يضطره حريق مشتعل إلى الخروج عارياً في الطريق العام فيمد يده إلى رداء الغير يستر به عورته^(١) هذا ويجب أن تفسر عبارة النفس هنا على مقتضى التفسير الواسع الذي فسرت به عبارة « جريمة على النفس » في الدفاع الشرعي ، فيدخل في معناها ما يهدد الحياة أو

(١) د . محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٣٢٧ .

الجسم ، كما يدخل فيها ما يمس الحياء والعرض ، كما لو احترقت ملابس امرأة في حريق فكسر عامل الإنقاذ صندوقاً وأخذ منه رداء وستر به عورتها^(١) ولقد دار خلاف في الفقه الجنائي حول الخطر الذي يهدد الشرف والسمعة ، ويذكرون مثلاً لذلك أن الفتاة التي تحمل سفاحاً ما موقف القانون منها إذ هي قتلت طفلها خشية العار والفضيحة .

فذهب البعض إلى استبعاد الخطر الذي يهدد السمعة والشرف من نطاق حالة الضرورة « فالفتاة التي تحمل سفاحاً لا تعفى من العقاب إذ هي أجهضت نفسها أو قتلت وليدها خشية العار »^(٢) وقد علق البعض على ذلك بقوله : « وليس لهذا الاستبعاد سند من نص القانون أو من علة امتناع المسؤولية في حالة الضرورة . ومن السائق تبرير عدم الاعتراف بحالة الضرورة بالنسبة لهذه الفتاة بأن حلول الخطر الذي يهدد سمعتها يرجع إلى إرادتها ، وبأن في استطاعتها درء هذا الخطر بوسائل أخرى غير القتل أو الإجهاض »^(٣) . بينما يرى بعض الفقهاء خلاف ذلك ، ويرى أن الفتاة التي تحمل سفاحاً إذ هي أجهضت نفسها وقتلت وليدها خشية العار ، ومثلها من يسرق خطابات أو يتلف أوراقاً للغير خشية نشر ما فيها من فضائح تشينه . أن كلا منهما يعفى من العقاب متمسكاً بحالة الضرورة نظراً لتوسعه في مفهوم النفس وإدخال فيها كل ما يمس السمعة والشرف ، ويرى بأن الرأي الأول ليس له في الفقه من يؤيده . وهو في مذهبه غير سديد ، فما دام الإجماع منعقداً على أن النفس في باب الضرورة لا تنحصر في حق الحياة ، فإن من التحكم بإخراج السمعة والشرف من مدلولها ، لأن ذلك يعتبر تخصيصاً بغير مخصص . ويضيف سيادته قائلاً : « ولستأ نرى في الواقع مبرراً معقولاً لحرمان من استكرهت على الزنا فحملت سفاحاً من ميزة الإعناء إذ هي أجهضت نفسها مخافة العار ، وكذلك الشأن بالنسبة لمن سرق أو أتلف صوراً ألتقطت خلصة وبغير حق لزوجته وهي في

(١) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة ص ٤٢١ وقد أشار سيادته إلى القتل في المسؤولية الجنائية .

(٢) د . السعيد مصطفى السعيد . المرجع السابق ص ٤٢١ وقد أشار سيادته إلى القتل ود . على راشد .

(٣) د . محمود نجيب حسني . المرجع السابق ص ٥٨٨ هامش (٣) وفيه رد على رأي د . محمد مصطفى القللي .

مكان خاص يباح لها التخفف فيه من كل أو بعض ثيابها»^(١) وبالنسبة للجرائم التي تقع على الشرف والسمعة والاعتبار ، فإننا نؤيد دخولها في الخطر الجسمي الذي يقع على النفس — كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء — ومنهم الدكتور السعيد مصطفى السعيد — والذي ضرب المثال التالي :— « لو أن شخصاً وجد على واجهة محل تصوير صورة لحفل ظهرت فيه امرأة صديق له في وضع غير لائق يهدد سمعتها وحياتها الزوجية فإنه لا يعاقب »^(٢) بخلاف الفتاة التي تحمل سفاحاً فإننا نميل إلى التفرقة بين أمرين الأمر الأول ، إذا حملت سفاحاً وكان ذلك بمحض إرادتها ووليد رضائها ، ففي هذه الحالة لا يحق لها التمسك بحالة الضرورة إذ هي قتلت وليدها أو أجهضت نفسها مخافة العار ، وذلك لأن لإرادة المرأة دخل في إيجاد هذا الخطر على شرفها فلا يسوغ لها أن تدرأ هذا الخطر بالجريمة .

كذلك لا يشترط أن يكون الخطر مهدداً لنفس الجاني ، بل يصح أن يكون مهدداً لغيره . ومن شراح القانون من يقيد ذلك بأن يكون هذا الغير من أقارب الجاني أو أعزائه فقط حتى يتحقق معنى الإكراه أو الضرورة ، ولأنه لو قيل بأن الشخص له أن يدفع بالضرورة ولو كان الخطر مهدداً لأى إنسان لا تربطه به رابطة ، فإن ذلك يؤدي إلى أن تنقلب الضرورة سبباً مبيحاً للفعل بحيث لا تكون عليه عقوبة مطلقاً ، لا بالنسبة للشخص المخدق به الخطر ولا بالنسبة لشريكه . مع أنه من الأمور المقررة أن الضرورة من الأسباب الشخصية المانعة للمسئولية التي إذا توافرت في الفاعل فلا يستفيد منها الشريك^(٣) وهو رأى غير قويم لأنه يخصص النص بغير سند ، فهو عام مطلق يسرى على كل حالة خطر على نفس الفاعل أو نفس غيره مهما كانت صفة هذا الغير وصلته بالفاعل . والأخذ بهذا الرأى يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، ويفوت الغرض الذي من أجله وضع النص ، ويقصره على صورة كان يعنى فيها النص القديم على ما فسره الفقه والقضاء^(٤) .

(١) د . عوض محمد في قانون العقوبات ص ٥٠٦ هامش (٢) .

(٢) د . السعيد مصطفى السعيد . المرجع السابق ص ٤٢٢ .

(٣) على زكى العراقى بك في شرح القانون الجنائى — القسم العام طبعة سنة ١٩٣٦ ص ٩٦ وما بعدها .

(٤) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة ص ٤٢٣ وقد أشار سيادته إلى د . القللى وملاحظات مجلس شورى القوانين على مشروع المادة ٥٦ من قانون العقوبات سنة ١٩١٤ .

ولا يفيد في تأييد هذا الرأي خشية أن الشريك يستفيد من الإعفاء مما يغير من طبيعة هذا الإعفاء ، وذلك لأنه يستفيد به ، لا على أنه سبب من أسباب الإباحة ، بل لأنه قام به هو الآخر مانع من موانع المسؤولية قائم بذاته وهو حالة الضرورة بالمعنى الوارد بالمادة ٦١ من القانون . وعلى ذلك لا يسأل جنائياً من يرتكب جريمة لوقاية نفس غيره ولو لم تربطه بهذا الغير أية صلة أو معرفة سابقة ، فلا مسؤولية على من يجد في طريقه منزلاً يحترق فيكسر أبوابه لتنجيه من به من السكان ، ولا على الطبيب الذى يضحى بالجنين لإنقاذ حياة الوالدة عند تعسر الوضع . وغنى عن البيان أنه يخرج من معنى الخطر هنا ما يكون منه مشروعاً ، بأن يكون مأموراً به كحالة المحكوم عليه بالإعدام ، فمن يساعده على الهرب لا يجوز أن يدفع بحالة الضرورة ، أو أن يكون الموجه إليه ملزماً قانوناً بمواجهته كحالة الجندي في الحرب ، فلا يجوز له أن يدفع مسؤوليته عن الفرار من الميدان بحالة الضرورة ، وهذا القيد يفهم بالبدهة بغير حاجة إلى التصريح به في النص القانوني (١) .

هذا ومحل الخطر هو النفس فقط في حالة الضرورة دون المال ، فلا يعفى من العقاب من يرتكب جريمة ليدراً خطراً محدقاً بماله أو بمال غيره مهما تكن قيمة المال أو أهميته أو درجة الخطر الذى يهدده ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان الحكم قد ذهب إلى أن تهديد المطعون ضدهم بالوضع تحت الحراسة وأيلولة الأرض إلى الإصلاح الزراعى ، يعد حالة ضرورة معفية من العقاب مع أنه انصب على المال فحسب ، فإنه يكون قد انطوى على تقرير قانونى خاطيء ، ولا يتفق مع نص المادة ٦١ من قانون العقوبات ، التى ورد فيها أن حالة الضرورة تستلزم أن يكون الخطر . مما يهدد النفس (٢) وهناك بعض الآراء تنتقد هذا الحكم وترى فيه قصوراً يتناقض مع المصلحة والمعقول ، فهو وإن كان سليماً في الأحوال التى يقتضى درء الخطر فيها المساس بنفس الغير — وذلك لحرمة النفس وعدم التكافؤ بينها وبين المال — فإنه يبدو غير مقبول حين

(١) د . محمد كامل مرسي والسعيد مصطفى السعيد في شرح قانون العقوبات المصرى الجديد الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٦ ح ١ ص ٤٠٩ .

(٢) نقض ١٩٧٢/٣/٢٧ أحكام النقض من ٢٣ ص ٤٧٩ رقم ١٠٦ ، وكذلك نقض

١٩٧٤/٢/١١ م من ٢٥ ص ١١٩ رقم ٢٨ ، وكذلك نقض ١٩٧٥/١١/٢ من ٢٦

ص ٦٧٥ ، رقم ١٤٧ .

يقع العدوان على مال من أجل صيانته مال آخر ، وخصوصاً إذا كان هذا الأخير أكبر قيمة^(١) ويضرب مثلاً لذلك فإذا شبت النار في طرف مزرعة واحتاج الأمر إلى اتلاف بعض الأشجار ونزعها لحصر النيران في مكانها وقابة لباقي المزرعة ، فمن غير المقبول أن يعاقب من يفعل ذلك بحجة أنه لم يكن هناك خطر يهدد النفس . ولا سبيل إلى تلافى هذا الشذوذ مع صراحة النص^(٢) ولذلك تجرى التشريعات الحديثة على التسوية في الضرورة بين الخطر المهدد للنفس وبين الخطر المهدد للمال^(٣) . على أن واضع القانون المصرى يشترط للمعاقبة على بعض جرائم المال ، ألا يكون هناك مقتضى لإرتكاب الفعل . من ذلك جرائم قتل الدواب والمواشى والإضرار بها « المادة ٣٥٥ عقوبات » ، وقتل الحيوانات المستأنسة وسمها والإضرار بها « المادة ٣٥٧ عقوبات » . فلا يرتكب الجريمة من يقتل حيواناً بمقتضى ، والمقتضى هو الضرورة الملجئة إلى قتل حيوان أو الإضرار به ، ويتوافر متى كان الحيوان خطراً على إنسان أو ماله^(٤) وقد اعتبر القانون عدم المقتضى في هذه الجرائم ركناً قائماً بذاته مستقلاً عن القصد الجنائى ، في حين أن الضرورة في المادة ٦١ تؤثر في الركن المعنوى للجريمة .

الشرط الثانى : أن يكون الخطر جسيماً :-

لا قيام لحالة الضرورة إلا إذا كان الخطر جسيماً ، فالخطر اليسير لا يؤثر في الإرادة على النحو الذى يحو حريتها فيجردها من القيمة القانونية . وأهم ما يثيره هذا الشرط هو تحديد ضابط الجسامه . فالخطر على النفس لا يكون جسيماً إلا حين يثير لدى الإنسان الخشية من انهيار كيانه ، سواء أكان هذا الكيان مادياً أو أدياً^(٥) فخطر المساس بالكيان دون تهديد له بالانهيار ، لا يعتبر

(١) د . محمود محمود مصطفى المرجع السابق ص ٣٢٨ ، السعيد مصطفى السعيد ص ٤٢١ .

(٢) على زكى العرابى بك شرح القانون الجنائى - القسم العام ص ٩٦ .

(٣) من هذه التشريعات القانون الروسى الصادر سنة ١٩٢٦ ، واليوغوسلافى سنة ١٩٢٩ ، والايطالى سنة ١٩٣٠ والقانون البولونى سنة ١٩٣٦ ، والسويسرى سنة ١٩٣٧ ، وبهذا أخذ في مشروع قانون العقوبات الفرنسى في المادة ١٢٥ ، راجع : د . محمود مصطفى المرجع السابق .

(٤) د . محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص سنة ١٩٥٦ دار النيل للطباعة فقرة ٥٧١ و ٥٧٨ .

(٥) د . رمسيس بهام في النظرية العامة للقانون الجنائى ص ٩٠٠ .

خطراً جسيماً . كذلك خطر حرمان الإنسان من إشباع حاجة غريزية ما ، سواء أكان مصدر هذه الحاجة هو غريزة الإقتناء أو كان مصدرها الغريزة الجنسية ، لا يعتبر جسيماً مادام لا يترتب على ترك تلك الحاجة بدون إشباع تهديد كيان صاحبها بالانهيار . وبناء على ذلك لا يكون للزوجة التي أصيب زوجها بالعنة ، أن تواقع رجلاً غيره بمقولة أن زناها عندئذ استوجبه حالة ضرورة . وكذلك إذا سرق رجل زوج حذاء خشية أن يصاب بأذى من جراء الحفاء ، لا تعتبر جريمته واقعة في حالة ضرورة ، إما لأن الضرر الذى يخشاه لم يكن جسيماً ، أى مهدداً لكيانه بالانهيار ، وإما لأنه كان فى وسعه أن يدرأ الخطر بوسيلة أخرى أهون من السرقة كأن يستجدى من أهل الخير حذاءاً^(١) . كذلك يعد الخطر جسيماً إذا كان ينذر بضرر غير قابل للإصلاح أو يغلب احتمال عدم قابليته للإصلاح أو يتساوى الإحتمالان^(٢) وقد برأت Château-Thierry الفرنسية فى ٤ مارس سنة ١٨٩٨ م امرأة اتهمت بسرقة رغيف من واجهة أحد الخباز ، وثبت أنها لبؤسها الشديد لم تكن قد تناولت طعاماً خلال يومين سابقين على فعلها ، وثبت كذلك أن لها طفلاً رضيعاً وقد أصبحت مهددة بالعجز عن الإستمرار فى إرضاعه بسبب جوعها ، وقد استندت المحكمة فى البراءة إلى القوة القاهرة وانتفاء القصد الجنائى ، ومسئولية المجتمع عن إمداد أفراده بالغذاء اللازم . وقد أقرت محكمة استئناف اميان هذا الحكم فى ٢٢ أبريل سنة ١٨٩٨ م وعدلت أسبابها مكتفية بالقول بانعدام القصد الجنائى . مع أن هذا التعليل ليس صواباً ، إذ لا شك فى توافر القصد لدى المتهمه وكان يجب أن يسند الحكم بالبراءة على أساس حالة الضرورة دون الخلط بين القصد والباعث^(٣) أما إذا كان احتمال إصلاح الخطر أرجح من احتمال كونه غير قابل للإصلاح ، فالخطر المهدد به ليس جسيماً . وتطبيق هذا الضابط يقتضى دراسة ظروف كل واقعة على حده^(٤) وتحديد الضرر الذى ينذر به الخطر ومدى ما تبعته هذه الظروف من أمل فى إصلاحه . وقد قضى بأنه « ليس فى

(١) المرجع السابق هامش (١) وقد أشار سيادته إل Manzini .

(٢) د . محمود نجيب حسنى . المرجع السابق ص ٥٨٩ .

(٣) د . محمود نجيب حسنى المرجع السابق هامش (١) ، د . رمسيس بهنام هامش (١) .

(٤) د . على أحمد راشد فى مبادئ القانون الجنائى ص ٣٨٩ ، د . السعيد مصطفى ص ٤٢٢ .

صغر من المتهم وإقامته مع المتهم الآخر وحاجته إليه ما يجعل حياته في خطر جسيم لو لم يشترك معه في جريمة إحراز المواد المخدرة» (١).

فشرط جسامته الخطر ، شرط لازم لتحقيق معنى الضرورة وتوجيه إرادة الجاني نحو الجريمة ، وخصوصاً إذا لوحظ أن جريمة الضرورة تقع على إنسان بريء ، بخلاف الحال في الدفاع الشرعي فهو يوجه ضد جانٍ ، ومن أجل ذلك لم يشترط القانون للدفاع أن تكون الجريمة على درجة من الجسامته ، ومن ثم فالخطر الجسيم هو الذي من شأنه أن يحدث ضرراً لا يمكن جبره أو لا ينجبر إلا بتضحيات كبيرة . وقد فسره البعض بأنه الخطر الذي يهدد الشخص في حياته أو يفقد عضو من أعضائه أو يفقد حرته (٢) على أن جسامته الخطر ليست أمراً مطلقاً يقدر بمقياس مادي بحت ، وإنما هي أمر نسبي تدخل في تقديره عقيدة فاعل الجريمة نفسه . فإذا سرقت امرأة شيئاً وهي حامل ، كى تشبع في نفسها حاجة إلى هذا الشيء تحركت في نفسها عند رؤيتها له ، وكان ذلك بدافع الخشية على كيان الجنين المستكن في بطنها والخوف من أن يجيء تكوينه معيباً لو أنها تركت تلك الحاجة دون إشباع ، فإن على القاضي أن يحكم ببراءتها إذا ما ثبت لديه أن تلك المرأة كان لديها ذلك الاعتقاد فعلاً وقت السرقة (٣) أما إذا سرق إنسان مبلغاً من النقود بدافع قضاء فترة للنقاها بدار للاستشفاء يعد مرض ألم به ، فهذه السرقة لا تعتبر واقعة في حالة ضرورة ، لأنها لم ترتكب درءاً لخطر جسيم (٤) كذلك من الأمثلة التي قررها الفقهاء . من يسرق طعاماً ليدفع عن نفسه غائلة الجوع ، لا يرتكب جريمة ضرورة إما لأن الخطر الذي كان يهدده لم يكن جسيماً . وإما لأنه مع جسامته الخطر كان في وسعه أن يدرأه بوسيلة أقل جسامته كأن يستجدي الغذاء مثلاً .

ولكن بالنظر إلى المثال السابق الذي يسرق رغيفاً ليدفع عن نفسه غائلة الجوع . والمثال الذي مثل قضية هامة في محكمة Château thierry الفرنسية

(١) نقض ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٦ رقم ٣٨٩ ص ١٣٢٠ ، ونقض ١٢ أكتوبر سنة ١٩٦٩ من ٢٦ رقم ٢٠٠ ص ١٠٢٧ .

(٢) على زكي العرابي بك شرح القانون الجنائي — القسم العام مطبعة نوزي ص ٩٦ .

(٣) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٩٠٠ وقد أشار إلى Manzini .

(٤) المرجع السابق .

وفيهما أن امرأة سرقت رغيفاً من أحد المخازن لتدفع الخطر عنها وعن رضيعها التي كانت ترضعه وفيها حكمت المحكمة بالبراءة وأيدتها محكمة الاستئناف على الرغم من الخطأ في التكييف من جانب المحكمة . والملاحظة أن هذين المثالين قد وردا في كثير من كتب الفقهاء الجنائيين^(١) وقد حدث بين هذين المثالين تفرقة في الحكم في حين أن الواقعة واحدة ، وهي سرقة قليل من الطعام والهدف يكاد يكون واحداً وهو دفع غائلة الجوع والهلاك سواء على النفس أو على نفس الغير كالرضيع مثلاً . وقد حكم بالبراءة للمرأة وأدين الرجل الذي لم يفعل في نظري شيء سوى أنه أخذ القليل لدفع الهلاك عن نفسه وهي غائلة الجوع الذي غالباً ما يودي بصاحبه إلى الهلاك ولم يعذر هذا الرجل ولم يوضع في حالة الضرورة ، كما عوملت المرأة ، وفي رأى أن هذين الفعلين لا يعتبران في الحقيقة جريمة لأسباب منها عدم الجدوى في عقاب هذين الشخصين وذلك لوجودهما في حالة الضرورة الملحة ولضالة الكمية المأخوذة ولعدم وجود القصد الجنائي في السرقة . حيث إنهما لم يفعلوا شيئاً سوى المحافظة على الحياة التي وهبها الله إياهما والمكلفين بالمحافظة عليها بأي وجه من الوجوه وبأية وسيلة من الوسائل .

ونخلص من هذا الشرط وهو جسامته الخطر فنجد أنه يتحقق بأي أذى يكون بليغاً يكفي في هذا المقام ؛ يدخل في ذلك الخطر الذي يهدد بجروح شديدة ولو لم يخش منها الموت أو تلف الأعضاء ، والخطر الذي يهدد فتاة في مستقبلها . والمسألة على أية حال ترجع إلى وقائع كل دعوى ويقدرها القاضي على أساس شخصي قوامه النظر إلى حالة الشخص المهدد بالخطر وهي أمر نسبي يختلف من شخص لآخر ، فجروح في الوجه من شأنها أن تترك آثاراً ظاهرة قد تعد خطراً جسيماً بالقياس إلى فتاة ولا تعد كذلك بالقياس إلى رجل^(٢) وقد قال البعض عن أثر الخطر في تبرير الجريمة إذا كان الخطر وهمياً قائماً في مخيلة الفاعل دون أن يكون له نصيب من الواقع . ولكن إذا كان هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب معقولة ، أي متى كان من شأن الرجل العادي أن

(١) د . محمود نجيب حسنى . الأحكام العامة ص ٥٨٩ ، د . رمسيس بهنام في النظرية العامة

ص ٩٠١ .

(٢) د . السيد مصطفى السيد الأحكام العامة ص ٤٢٤ .

يكونه لو وجد في ذات ظروف الحال فيصدق عليه حالة الضرورة وذلك كما إذا قتل شخص كلباً يعوى وراءه بدافع درء خطر الإصابة منه بمرض الكلب ، في حين أن الكلب لم يكن من الكلاب التي تسبب ذلك المرض^(١) وكما إذا قاومت امرأة رجل السلطة العامة حين دعاها للتعرف على جثة يرجح أن تكون لقريبها ، متصورة أن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً جسيماً بالجنين المستكن في بطنها . أما إذا لن توجد أسباب معقولة للإعتقاد بوجود خطر جسيم على النفس ، أى إذا لم يكن من شأن الاعتقاد أن يكونه رجل عادى في الظروف ذاتها ، فيسأل الفاعل عن الجريمة حسب الأصل ، وبوصفها جريمة عمدية على حسب رأى الحديث في الفقه الألماني ، لأن الفاعل تعتمد على كل حال كلا من السلوك والحدث الإجرامى . ويلاحظ أن القانون المصرى خلا عن ذكر هذه المسألة وهى الخطر الوهمى المبني على أسس معقولة ، اللهم إلا في حالتين فرديتين هما : حالة الدفاع الشرعى ، وحالة تجاوز الموظف حدود واجبه . وقد جعلت محكمة النقض المصرية من الحكم الوارد في هاتين الحالتين الفرديتين مبدأ عاماً^(٢) .

الشرط الثالث : حلول الخطر :

يقصد بحلول الخطر ، أن يكون ذلك الخطر منذراً بضرر وشيك الوقوع . ذلك لأنه إذا لم يكن الضرر المائل خطره وشيكاً . وكانت توجد فسحة من الوقت تسمح باتخاذ اللازم لدرئته . فلا يكون في تلك الحالة ثمة مبرر للإعتداء على حق الغير البرىء .

والضابط في الحلول أن يكون السير العادى للأمر مهدداً — على نحو يقينى أو محتمل — بأن يتحول الوضع الذى يواجه المتهم إلى مساس فعلى بحقوقه ما لم يرتكب فوراً الفعل الذى من شأنه دفع هذا الخطر ؛ ويرجع في تحديد السير العادى للأمر إلى القواعد المستمدة من الخبرة العامة السائدة في بيئة المتهم^(٣) هذا وبعد الخطر حالاً في إحدى صورتين : إذا كان الاعتداء المهدد به على وشك الوقوع ، وإذا كان الاعتداء قد بدأ ولكن لم ينته بعد — وبعد الخطر غير

(١) د . رمسيس بهنام المرجع السابق .

(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة ص ٩٠٢ .

(٣) د . محمود نجيب حنى في شرح قانون العقوبات — القسم العام ص ٥٩٠ .

حال في إحدى صورتين : إذا كان الاعتداء المهدد به مستقبلاً ، وإذا كان الاعتداء قد تحقق بالفعل وانتهى . وكذلك فإن حلول الخطر لا يلزم أن يكون أمراً واقعاً ، وإنما يكفي أن يكون كذلك في تخيلة الفاعل ، وذلك بأن يعتقد هذا بناء على أسباب معقولة أن الضرر الجسم المخوف نزوله بالنفس وشيك ، حتى ولو لم يقع هذا الضرر بالفعل ، أي حتى إذا تبين أنه في الحقيقة والواقع لم يكن وشيك الوقوع . وهنا أيضاً تلعب فكرة الرجل العادي والأسباب المعقولة دورها (١) .

ومن قبيل ذلك أن يأخذ شخص في عبور أحد الأنهار سباحة ، فتفاجئه عاصفة تصطخب بسببها مياه النهر مهددة إياه بالغرق ، فيلوذ بجذيرة في وسط النهر عليها كوخ مملوك لغيره ، ويخيل إليه أن مياه النهر ترتفع بسبب العاصفة وتهدد بالطغيان على الجزيرة واكتساح الكوخ ومن فيه ، فينتزع من الكوخ أعواداً وأخشاباً ويصنع منها قارباً ، ليستعين به على العبور عند الطوفان متلفاً بذلك الكوخ ، غير أن الطوفان المرتقب لم يحدث . ففي هذه الحالة تعتبر جريمة إتلاف مال الغير واقعة في حالة ضرورة ، رغم أن الفيضان الذي تصور الفاعل أنه وشيك الوقوع لم يتحقق فعلاً (٢) .

ويرجع السبب في ذلك إلى أن الخطر حكم تقديري يعتمد في جانب منه على ظروف الواقع ، وفي جانب آخر على العلم بقانون السببية ، فقد عرف الناس بخبرتهم المطردة أن أمراً معيناً في ظروف معينة يحدث أضراراً معينة (٣) فإذا تحقق هذا الأمر واحتفت به تلك الظروف توقعوا حصول الضرر ، أي استشعروا الخطر، ولا يخرج الخطر في باب الضرورة عن هذا المعنى ، فهو حالة تنذر جدياً بالضرر ، وتقوم هذه الحالة حين يطرأ — على صعيد الواقع — عامل من العوامل التي دلت الخبرة الإنسانية على أنها قادرة في ظروف معينة على إحداث الضرر ، وذلك متى اقترن العامل بتلك الظروف (٤) .

(١) د . رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٩٠٣ .

(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٩٠٤ .

(٣) د . عوض محمد في قانون العقوبات ص ٥٠٣ .

(٤) د . رمسيس بهنام في نظرية التجريم في القانون الجنائي طبعه سنة ١٩٧١ م ، منشأة المعارف

بالاسكندرية ص ١٠٧ ، ص ١٠٩ .

الشرط الرابع : لا تدخل لإرادة الفاعل في حلوله :

يشترط القانون لقيام حالة الضرورة ، ألا يكون لإرادة المضطّر دخل في حلول الخطر وذلك كما ورد في المادة ٦١ من قانون العقوبات . وهو شرط لازم لقيام حالة الضرورة ، فلا ضرورة لإرتكاب الجريمة إذا كان الخطر المراد توقيه قد تدخل المضطّر في إحداثه عمداً ، وترجع العلة في هذا الشرط إلى أن الانتقاص من حرية الاختيار يفترض أن المتهم قد فوجيء بحلول الخطر ، فلم يكن في الفترة بين علمه باحاطته به واضطراره إلى ارتكاب الفعل الذي درأه به فسحة من الوقت تمكنه من التفكير في اتیان فعل سواء لا يمس حقوق غيره . أما إذا كانت إرادة المتهم قد اتجهت إلى تحقيق الوضع المهدد بالخطر فمعنى ذلك أنه توقع حلوله وكان في استطاعته أن يتدبر وسيلة التخلص منه على نحو لا يمس حقوق غيره^(١) فإن لم يتدبر ذلك وارتكب الفعل الماس بحقوق الغير فلا وجه لإدعائه بأن إرادته لم تكن حرة حين ارتكب هذا الفعل . وعلى أساس هذه العلة يتقرر بأن محل انتفاء هذا الشرط أن يكون المتهم قد أنشأ الوضع المهدد بالخطر عمداً كمن يفرق عمداً سفينة ثم يضطر في سبيل انقاذ نفسه إلى قتل شخص زاحمه في وسيلة النجاة ، أو من يحرق عمداً مكاناً ثم يضطر في سبيل الفرار من النيران إلى إصابة شخص اعترض طريقه . وهذا الشرط بديهي . لأنه لا يجوز التحيل لاسقاط حكم السبب بفعل المانع ، بمعنى أنه لا يجوز لشخص أن يفلت من عقوبة الجريمة باصطناع حالة الضرورة^(٢) . وهذا ما يعبر عنه الشرعيون بقولهم : إن الرخص لا تناط بالمعاصي . وينبئ على ذلك أنه إذا أراق أحد المسافرين بالصحراء ما يحمله من ماء والقي ما لديه من زاد ليتخفف من مؤونه حمله ثم أمضغه الجوع والعطش ، وخشى على نفسه الهلاك فاعتدى على زميل له بالقتل أو بالضرب ليحصل منه على ما يحفظ به حياته ، فإنه لا يكون في حالة ضرورة تعفيه من العقاب .

هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية ، بأنه ليس للإنسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما أحدثه بيده^(٣) وتطبيقاً لذلك قضت

(١) د . محمود نجيب حسني في شرح قانون العقوبات - القسم العام ص ٥٩٠ .
(٢) د . عرض محمد في قانون العقوبات - القسم العام ص ٥٠٩ .
(٣) نقض ١٣ / ٣ / ١٩٦١ . مجموعة أحكام النقض ص ١٢ رقم ٦٢ ص ٣٣٠ . ونقض ٢٨ / ١١ / ١٩٦٧ . مجموعة أحكام محكمة النقض ص ١٨ رقم ٢٢٢ ص ١١٩٥ .

محكمة النقض بأنه لا يسوغ من الطاعن القول باضطرابه إلى ارتكاب الجرم **تقصياً** الرغبة رؤسائه في العمل حتى يستروا على ما ارتكبه ، مادام أن أفعال الإختلاس والتزوير والاستعمال التي أتاها من قبل عمداً واتجهت إليها إرادته واستمر موعلاً في ارتكابها . وانتهت المحكمة إلى إدانته بها هي لأنها أعمال غير مشروعة ونية الإجرام فيها واضحة مما لا يشفع للطاعن ما يدعيه من عدم مسئوليته (١) .

ونظراً لعموم النص فإن المحكم لا يختلف سواء قصد الشخص انقاذ نفسه أو نفس غيره ، مادام حلول الخطر راجعاً إلى إرادته . فإذا أغرق شخص زورقاً ثم بلع اثنين من ركابه يتضرعان من أجل النجاة على لوح من خشب فأغرق أحدهما لينقذ الآخر ، فإنه لا يكون في حالة ضرورة تعفيه من العقاب . وعلى الرغم من اقتصار النص على ذكر حالة التدخل في حلول الخطر ، فإنه يجب انصرافه كذلك إلى حالة التدخل في توجيه الخطر نحو النفس أو إلى تحميمه ولو كان الجاني لا دخل له في حلول الخطر ابتداءً (٢) . وتختلف الضرورة من هذا الوجه عن الدفاع الشرعي ، فالدفاع الشرعي لا يمتنع ولو كان للمدافع يد فيما وقع عليه من عدوان . ولهذا جاز للزوجة الزانية وشريكها ممارسة الدفاع الشرعي ضد الزوج إذا ضبطتهما متلبسين بجريمة الزنا فشرع في قتلها ، في حين أن مسلكها الشائن هو الذي استفز الزوج ودفعه للعدوان ، وكذلك جازت ممارسة الدفاع للمعتدى ضد المدافع إذا أفرط في دفاعه وبلغ به مدى يجاوز ما يقتضيه رد العدوان . وترجع علة التفرقة في الحكم بين الضرورة والدفاع الشرعي ؛ إلى أن المضطر يصيب بريئاً ، أما المدافع فيصيب معتدياً ، والبريء أولى بالتحوط والرعاية ، فكان التشدد في شروط الضرورة الزم (٣) .

وهذا بخلاف الشخص الذي يتسبب بإهماله وعدم احتياطه في إشعال النار بأحد الملامى ، وفي زحمة تدافع الناس نحو الخارج يحدث بأحدهم إصابات بالغة بينما يشق لنفسه طريق النجاة ، فله أن يتمسك بحالة الضرورة ليتخلص من المسؤولية عن جريمته ، لأنه وإن كان يُؤاد السلوك المشوب بالإهمال والذي

(١) نقض ١/١/١٩٦٩ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٠ رقم ٦ ص ٤٤ .

(٢) د . عوض محمد في قانون العقوبات — القسم العام ص ٥١٠ .

(٣) المرجع السابق .

أفضى إلى اشتعال النار ، لم يرد اشتعالها أى لم يرد حالة الخطر ، لأن العبرة في نفي الدفع بحالة الضرورة ، إنما هي بإرادة حالة الخطر ذاتها — كما سبق — ولا تكفى إرادة السلوك المفضى إليها^(١) والمعول في ذلك هي إرادة الفاعل لجريمة الضرورة بصرف النظر عن أية إرادة أخرى لشخص غيره ، فإذا ارتكب لصان سرقة من منزل ما ، وخرج أحدهما من هذا المنزل ، غير أن الآخر بدون اتفاق مع زميله أشعل النار في المنزل وحصرته النيران من كل جانب ، فهم زميله الذي خرج بإنقاذه ، وارتكب في سبيل هذا الانقاذ جريمة ، فيكون لهذا الأخير أن يتمسك بحالة الضرورة ، لأن إشعال النار ولو أنه كان متعمدا ممن أشعلها ، لم يكن راجعاً إلى إرادته هو^(٢) . ولكن لى بعض التحوط على هذا المثال الذي ورد في أحد المؤلفات الجنائية في هذا المقام ، فهذا المثال نجد أن كلاً من السارق الذي خرج والسارق زميله الذي أشعل النار بعد أن سرق وأحرق ليخفي جريمته ، كانا في حالة عصيان فلا يصح لكل منهما أن يتمسك بحالة الضرورة نظراً لسوء مقصدهما وخبث نواياهما وكما قلنا من قبل أن الرخص لا تناط بالمعاصي في أحوال الضرورة . قريب من هذا الرأي ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه : « ليس للإنسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة في سبيل النجاة مما أحدثه بيده » فإذا قدم المتهم رشوة ليتخلص من جريمة الإخفاء التي ارتكبها فليس له أن يحتج بحالة ضرورة إجتهه إلى دفع الرشوة تخلصاً من خطر القبض عليه^(٣) وتخلص من هذا الشرط وهو ألا يكون لإرادة الجاني دخل في حلوله بمعنى عدم إرادة الخطر من جانب فاعل الجريمة ، أو أن يكون الخطر المنذر بالضرر الجسيم على النفس غير ناشئ من إرادة هذا الفاعل بطريق العمد وذلك بخلاف ما إذا أنشأ المتهم الخطر على نحو اتصف فيه سلوكه بالخطأ غير العمدى ، ففي هذه الحالة له أن يحتج بحالة الضرورة إذا ما ارتكب الفعل الذي درأه به^(٤) وذلك لمن يحرق عن غير عمد مكاناً ثم يرتكب فعلاً محرماً لينجو بنفسه لا يسأل عن هذا الفعل .

(١) د . محمد مصطفى القليل في المسؤولية الجنائية ص ٤١٨ ، د . السيد مصطفى السيد في الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٤٢٥ .

(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٩٠٥ .

(٣) نقض ١٣ مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٢ رقم ٦٣ ص ٣٣٠ ، ونقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، مجموعة أحكام النقض س ١٨ ، رقم ٢٥٢ ص ١١٩٦ ، ٦ يناير سنة ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٦ ص ٢٤ .

(٤) د . عمود نجيب حسنى في الأحكام العامة ص ٥٩١ .

ثانياً : الشروط التي ترجع إلى جريمة الضرورة

الشرط الأول : لزوم الجريمة لدفع الخطر :

بهذا الشرط يتطلب واضع القانون علاقة بين الخطر والفعل ، وهذه العلاقة موضوعية مردها إلى اتجاه الفعل في ذاته ، وما إذا كان هذا الاتجاه هو إلى الخطر وكان من شأنه اتصاله به أن يدرأه^(١) . ويأتي معنى اللزوم في هذا الشرط ، في أن قانون العقوبات المصري في المادة ٦١ عقوبات ، يشترط لاعفاء المظنر من العقاب ألا يكون في قدرته منع الخطر بطريقة أخرى . وهذا يعني أن يكون الفعل متعيناً لدفع الخطر ، فإذا أمكن درء الخطر بمباح لم يجز بجريمة ، وإذا أمكن درأه بجريمة أخف لم يجز درأه بجريمة أشد منها ، وذلك لأن الضرورة تقدر بقدرها ، أي بقدر ما يندفع به الخطر ، وما زاد على ذلك فهو غير لازم^(٢) . وللزوم حدان : الأول أن يكون الفعل من شأنه دفع الخطر ، فإذا كان من المحقق أن الخطر لا يندفع به لم يجز اللجوء إليه لعدم جدواه ، فإذا ارتكبه المظنر كان جديراً بالعقاب . ومثال ذلك أن يخطف بعض الأسياء فتاة في سيارة وينطلقوا بها فيندفع أبوها في أثرهم ويعثر براكب دراجة فيعتدى عليه بالضرب طالباً منه التخلي عن دراجته لكي يستعملها في اللحاق بهم ، أو أن يشعل أحد الأشخاص النار في مسكن فيقبض صاحبه على ابن الجاني فيضربه . غير أنه لا يشترط في فعل الضرورة أن يكون من شأنه درء الخطر بأكمله ، بل يكفي أن يكون من شأنه درء بعضه أو تحويله إلى خطر أخف وطأة . ومثال ذلك أن يكون الخطر مندرأ بموت أشخاص عديدين ويكون من شأن الفعل إنقاذ بعضهم ، أو أن يكون الخطر مندرأ بموت شخص ، ويكون من شأن الفعل أن يزيل هذا الخطر ويستبدل به خطر الإصابة بعاهة ، فالفعل في هذه الأحوال يعتبر لازماً لدفع الخطر .

الحد الثاني : أن يكون الفعل هو الوسيلة الوحيدة المتاحة لدفع الخطر ، فإذا تعددت الوسائل وجب اللجوء إلى أيسرها . وهذا الحكم مقرر في الدفاع الشرعي ، وهو في حالة الضرورة أوجب ، وذلك لأن فعل المظنر يقع على بري^(٣) . وترجع العلة في هذا الشرط ، إلى أن حرية الاختيار لا تنتقص إلا

(١) د . محمود نجيب حسنى في الأحكام العامة ص ٥٩٣ .

(٢) د . عوض محمد في قانون العقوبات - القسم العام ص ٥١٣ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٥١٤ .

لإحساس المتهم بتهديد الخطر وحرصه على درئه ، فما يكون من شأنه ذلك تنتقص بالنسبة له حرية الاختيار ، ومالا يكون ذلك من شأنه ، أى لا يكون مرتكباً تحت تأثير التهديد بالخطر ، لا يكون وجه لانتقاص حرية الاختيار عند ارتكابه . كما إذا اشتعلت النار في بناء فقتل أحد المهتدين بالحريق الشخص الذى أشعلها ، لم يكن له أن يدفع بامتناع مسؤوليته ، إذ ليس من شأن هذا الفعل الخلاص من خطر الموت حرقاً^(١) وأساس الشرط أن تكون الجريمة ارتكبت للوقاية من الخطر ، وهو أساس الاعفاء وبه يصرح النص الوارد فى المادة ٦١ عقوبات بقوله : « ضرورة وقاية نفسه » الخ ويتحقق ذلك بحسن نية . فإذا كان الجانى قد انتهر فرصة حلول الخطر وارتكب الجريمة لشفاء غل أو حقد أو ضغينة فلا يعفى من المسؤولية ولو توافرت باقى الشروط فى الظاهر . فلو أن شخصاً وجد عدواً له ينازع آخر خشبة وهما فى الماء للنجاه بواسطتها من الغرق فتدخل بينهما وأبعد خصه عنها بقصد إغراقه ، فلا يجوز له أن يدفع بحالة الضرورة حتى ولو كان فعله قد مكن منافس خصه من النجاة من الغرق ، وذلك لأن الجانى لم يقصد بعمله وقاية غيره وإنما قصد قتل خصه^(٢) . ولا ينبغي أن يفهم من ذلك أن جريمة الضرورة لا تكون إلا عمدية ، فإنه يصرح أن تكون غير عمدية ، كمن يحاول النجاة من حريق فى مسرح ويجرى بغير احتياط فى الزحام فيصيب طفلاً فيجرحه أو يقتله . ويكفى فى هذا الشأن أن يكون العمل الإرادى الذى وصف بالخطأ قد وقع بقصد الوقاية من الخطر^(٣) . على أن لزوم الجريمة أمر نسبي هو الآخر لا مطلق ، بمعنى أنه يرجع فيه إلى التقدير الشخصى لفاعل الجريمة ، وإلى كونه مطابقاً لتقدير الرجل العادى لو وجد فى ذات الظروف . والمقصود به — كما سبق أن بينا — ألا يكون من الممكن تفادى الجريمة فى واقعة الحال تبعاً لاستحالة الإلتجاء إلى وسيلة بريئة . والأمر متروك لقاضى الموضوع يستظهره فى كل حالة على حدة . وبناء على ذلك لو أن عاملاً انخسرت يده اليسرى بين أجزاء آله دائرة وصار على وشك أن تجذب الآله كل جسمه وتقطع أوصاله بدورانها . فسارع عامل زميل له بقطع يده ، وسارع آخر بنسف قطب

(١) د . محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٥٩٤ .

(٢) د . محمد مصطفى القليل فى المسئولية الجنائية ص ٤١٥ .

(٣) د . محمود محمود مصطفى فى الأحكام ص ٣٣٠ ، د . السعيد مصطفى السعيد فى الأحكام العامة

الموتور المحرك للآلة . فإن جريمة كل من هذين العاملين تعتبر واقعة في حالة ضرورة وهما جريمة قطع اليد وجريمة إتلاف موتور الآلة^(١) ، ولا يمكن القول بأن إحداهما كانت تغني عن الأخرى رغم أن واقع الحال كان كذلك لأن أى رجل عادى لو وجد مكان أى واحد من العاملين المذكورين لما كان يتوانى عن إتيان الجريمة التى وقعت منه وبالصورة التى نفذت بها .

الشرط الثانى : أن لا يكون فى قدرة الفاعل منع الضرر بوسيلة أخرى

فى الحقيقة لم يشترط القانون أن يكون هناك تناسب بين جريمة الضرورة والضرر المدفوع ، وعلى ذلك فقد حدث خلاف فى الفقه المصرى فى مدى لزوم هذا الشرط ، فمن الفقهاء من أوجبه باعتباره من طبيعة الضرورة^(٢) ومنهم من أهمله أخذاً بظاهر النص^(٣) ومنهم من توسط فاشترط التناسب فى أحوال دون أحوال . ومن هذا الفريق من يجعل مدار الحكم على مدى حرية الفاعل فى الاختيار من جهة ، وعلى الظروف الملازمة من جهة أخرى . فحيث تضيق حرية الإختيار يمتنع عقاب الفاعل ، وحيث لا تتأثر بدرجة ملحوظة لا يمتنع عقابه . ولذلك فإنه يتعين التفرقة فى منطلق هذا الرأى بين من يرتكب الفعل لدرء خطر يهدد نفسه أو نفس واحد من أقاربه المقربين ، وبين من يرتكب الفعل لدرء خطر يهدد شخصاً لا يحد له بصلة قرى أو مودة ، فالأول يعفى من العقاب ولو اقتضى دفع الخطر عن نفس واحدة أن يضحي بحياة أشخاص عديدين ، أما الثانى فلا يعفى من العقاب إذا اختل التناسب بين الضرر الذى يدفعه والضرر الذى يوقعه^(٤) أما الظروف الملازمة فيمثل لها بحالة الحرب وسند هذا الفريق أن هذه الحالة تولى مصلحة الوطن وتجعل التضحية من أجلها فرضاً واجباً على الناس ، فلا يجوز لمواطن أن يدفع الخطر عن حياته أو عن حياة شخص عزيز عليه عن طريق التضحية بحياة مواطنين عديدين^(٥)

(١) د . رمسيس بهام فى النظرية العامة ص ٩٠٦ وقد أشار سيادته إلى شيرون وبدوى .

(٢) د . محمود نجيب حسنى ص ٥٩٥ ، د . مأمون سلامة ص ٣١٨ ، رؤوف عبيد ص ٥٢٨ ،

د . رمسيس بهام ص ٩٠٩ ، د . ابراهيم زكى أنتوخ فى حالة الضرورة ص ٢٣١ .

(٣) د . محمود محمود مصطفى ص ٣٣٠ ، د . السعيد مصطفى السعيد ص ٤٢٦ .

(٤) د . عوض محمد ص ٥١٧ هامش (٣) وفيه أشار سيادته إلى القللى ص ٤١٩ .

(٥) د . محمد محى الدين عوض فى القانون الجنائى . مبادئه ونظرياته طبعة سنة ١٩٦٣ الطبعة العالمية

ص ٤٨٨ .

وقد ثار هذا البحث في فرنسا في قضية تلخص وقائعها في : أنه في أوائل حرب سنة ١٩١٤ م قبضت داورية المانية على أربعة من الفرنسيين وطلبت من أحدهم أن ينطلق إلى القرية المجاورة ويستطلع ما إذا كان لجنود الفرنسيون لا يزالون بها أم لا ؟ واستبقت الثلاثة الآخرين رهينة لديها وهددته بقتل زملائه إذا لم يعد إليهم بجلية الخير ، فذهب وعاد إلى رجال الدورية وأنبأهم بأن الجنود لا يزالون بالقرية فأطلقوا سراح زملائه . ولكن كانت النتيجة أن اطلقت القنابل على القرية فدمرتها . وحكم على المتهم بالأشغال الشاقة . وطبقاً لقانون خاص عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية فرفضت الطعن في الحكم^(١) ويرى بعض الفقهاء إلى أن المرجع في هذا الخلاف — كما يقول في اعتقاده — إلى عدم وضوح فكره التناسب لدى بعض الفقهاء ، لأن القائلين بهذا الشرط لم يجمعوا على مفهوم واحد له ، بل إن منهم من يخلط بينه وبين اللزوم . ويتضح ذلك لدى من يجعل التناسب مرهوناً بأن يكون الفعل المرتكب هو أهون ما كان يسع الفاعل ارتكابه لدرء الخطر فهذا هو اللزوم بعينه^(٢) ذلك إذا كان في وسع المضطر دفع الخطر بإتلاف مال فدفعه بإزهاق روح فإنه يكون قد تجاوز ما يلزم إلى مالا يلزم ، وهذا يكفي لعقابه دون حاجة لبناء الحكم على اختلال شرط التناسب . وكذلك الشأن بالنسبة إلى من كان في وسعه درء الخطر بقتل واجد قتل أشخاصاً عديدين . وإنما يقتضى التناسب في حقيقة أمره ، الموازنة بين الحق الذي يحميه المضطر والحق الذي يضحى به ، أو بين الضرر الذي يدفعه والضرر الذي يوقعه . والتناسب بهذا المعنى غير لازم في رأيه . ويضيف سيادته قائلاً : ليس صحيحاً أن التناسب من طبيعة الضرورة ، فهذا القول مرسل يعوزه البرهان ، ومادام أن واضع القانون لم يشترط التناسب فليس لأحد أن يشرطه من تلقاء نفسه وإلا كان ذلك تقييداً للمطلق أو تخصيصاً بغير مخصص^(٣) .

(١) د . محمود محمود مصطفى في القسم العام من قانون العقوبات ص ٣٣١ وقد أشار سيادته إلى سري .

(٢) د . عوض محمد في قانون العقوبات — القسم العام ص ٥١٧ .

(٣) المرجع السابق ص ٥١٨ وفيه دافع سيادته على رأيه المبني على أن حكم الضرورة ليس مبناه انتفاء الضرر الاجتماعي للفعل ، بل انتفاء الخطورة الإجرامية للفاعل .

ولكننا نميل مع الذين يشترطون التناسب بين الخطر والفعل . فإذا كان واضح القانون لم يصرح بهذا الشرط ، لكنه مستفاد من اشتراط كون الفعل هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر ، ذلك أنه إذا كان في استطاعة المهدد به أن يدرأه عن طريق فعل ذي جسامة معينة ولكنه فضل درأه عن طريق فعل أكثر جسامة ، فليس هذا الأخير هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر ، ومن ثم لا تتمتع المسؤولية عنه^(١) هذا والمراد بالتناسب أن تكون الجريمة المرتكبة أهون ما كان يمكن للفاعل أن يرتكبه بحسب ما كان في متناوله من الوسائل^(٢) بمعنى أن الفاعل لا يكون في حالة ضرورة إذا كان في إمكانه تفادي الضرر بغير الإلتجاء إلى جريمة أو بالإلتجاء إلى جريمة أخف . فالخطر الذي يهدد النفس يجوز دفعه بجريمة من جرائم المال . كما يجوز دفعه أيضاً بجريمة من جرائم النفس ، ولكن لا يجوز الإلتجاء لواحدة من الأخيرة متى تيسر الإفلات من الخطر بواحدة من الأولى . فإذا أوشكت سفينة على الغرق يلقي ما بها من البضائع أولاً . وإذا أمكن دفع الخطر بجريمة أقل جسامة فلا يعفى من المسؤولية من لجأ إلى جريمة أشد^(٣) . ويضرب الدكتور على راشد مثلاً على توافر المسؤولية تبعاً لإمكان اتباع وسيلة أخرى غير الجريمة بقوله : « كما لو كان بوسع من يشاهد مريضاً يعاني آلاماً مبرحة في الطريق العام أن ينقله بعربته إلى مستشفى قريب لإسعافه بدلاً من إجراء جراحة له وهو لا يملك ذلك^(٤) . وحدث أن شخصياً قبض عليه بدون حق فهرب من مركز الشرطة وأخذ ينطلق في الطريق فدفع أحد المارة دفعة ألقت بهذا المار في طريق سيارة تصادف مرورها ، فأحدثت به السيارة إصابات أودت بحياته . وقد أيدت محكمة النقض إدانة ذلك الشخص بقولها : « إنه يشترط في حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية أن تكون الجريمة التي ارتكبتها المتهم هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به ، ولما كان فراره من مركز الشرطة ليسوع له أن ينطلق في الطريق فيدفع المارين تلك الدفعة التي ألقت بالجنني عليه في طريق السيارة بعرض الطريق ، خاصة وأن الطاعن لا يدعى أن الجنني عليه منعه أو حاول الإمساك به^(٥) وبديهي أنه لا يبقى محل

(١) د . محمود نجيب حسني في الأحكام العامة ص ٥٩٥ .

(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة ص ٩٠٧ .

(٣) د . محمود محمود مصطفى شرح قانون العقوبات — ص ٣٣١ .

(٤) د . على أحمد راشد في القانون الجنائي المدخل وأصول النظرية العامة ص ٤٥٣ فقرة ٤٤٥ .

(٥) نقض ٣٠ مارس سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام محكمة النقض من ١٥ رقم ٤٥ ص ٢٢١ .

للإعفاء من المسؤولية حيث يكون على الفاعل التزام قانوني بمجابهة الخطر وعدم التهرب منه ، كما هو الحال بالنسبة لقبطان السفينة المهتدة بالغرق وبجارتها ، بالنسبة لالتزامهم إنقاذ ركاب السفينة . فلو ضحى أحدهم بحياة واحد من هؤلاء لينقذ نفسه اعتبر مرتكباً لجريمة^(١) . وكثير ما يفرض القانون في حالة الحرب التزاماً بمواجهة الموت إن لم يكن من الموت بد في سبيل عدم البوح بسر عسكري يكون الوقوف عليه دماراً للطعن أو لجزء منه وهذا الذي ذكرناه في إدانة حآ ، محكمة النقض الفرنسية للشخص الذي أدلى بمعلومات للعدو تحت التهديد بقتل ثلاثة من زملائه أخذوا كرهائن . ولما كانت جريمة الضرورة تصيب بأذاها إنساناً بريئاً لم يقع منه ما يستوجب نزول هذا الأذى به ، فقد جعلت المادة ١٦٨ مدني لهذا الانسان أن يطلب تعويض الضرر الذي حاق به ، والذي يدفع هذا التعويض هو فاعل جريمة الضرورة . إلا إذا كان هذا الشخص يدفع ضرراً عن غيره ، فيكون المدفوع عنه الضرر هو الذي يتحمل دفع التعويض عملاً بالمادة (١٩٥) مدني .

(١) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة ص ٩٠٧ هامش (١)

المقارنة

بين الشريعة والقانون في شروط حالة الضرورة

هذه هي شروط حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية ، المستنبطة من المسائل المتناثرة في مختلف أبواب ومسائل الفقه الإسلامي وتتلخص في كون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها التلف للنفس أو للأعضاء ، وأن تكون هذه الضرورة قائمة لا منتظرة ، وأن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى غير ارتكاب الجريمة ، وأن تدفع بالقدر اللازم لدفعها دون زيادة على ذلك ، وأن لا يكون لإرادة المضطر دخل في هذا الخطر والناظر في مجمل هذه الشروط وآراء شراح القوانين الوضعية لا يكاد يجد اختلافاً بينهما ، فهي نفس الشروط في القوانين الحديثة وعلى الأخص القانون المصرى ، ويبقى الفارق بين التنظيمين في المصدر والأساس فمصدر الشروط في الشريعة الإسلامية مأخوذة من القواعد الفقهية التي وضعها الفقهاء المسلمون — والتي سبق شرحها من قبل — واستنبطوها من كتاب الله عز وجل وسنة نبيه محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه واجماع الأمة الإسلامية بما يتواءم وروح شريعة السماء التي نزلت من فوق سبع سموات على قلب المبعوث رحمة للعالمين لسعادة البشر في دينهم ودنياهم ولا مجال فيها للاختلاف والإحتكام إلى الهوى ، وذلك بخلاف القوانين الوضعية فمرجعها ومصدرها في حالة الاختلاف بينها وبين الشريعة الإسلامية إلى الهوى والرأى من المخلوق — وهو غير معصوم — وعمل المخلوق دائماً عرضة للنقض والتناقض من يوم لآخر ، ومن شخص لآخر ، وذلك حسب صفات البشر التي اتصفوا بها .

أما في حالة الاتفاق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، فالعقل والمنطق يقضيان بأن الملاحق يتأثر بالسابق ويأخذ منه ، وهذا ما حدث بالفعل فالشريعة الإسلامية نزلت منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان على قلب المبعوث رحمة للعالمين وتوعد المولى تبارك وتعالى بحفظها إلى يوم الدين . فقال عز قائل : « إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون » (١) .

(١) الآية رقم ٩ سورة الحجر .

الفصل الرابع في

نماذج وأمثلة لحالات الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون
وفيه سبعة مباحث :

- المبحث الأول : الاضطرار إلى قول الباطل .
- المبحث الثاني : الاضطرار إلى تناول المحظور من مطعم أو مشروب .
- المبحث الثالث : الاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها في حالة المرض .
- المبحث الرابع : الاضطرار إلى اتلاف النفس .
- المبحث الخامس : الاضطرار إلى ارتكاب الفاحشة .
- المبحث السادس : الاضطرار إلى أخذ المال أو اتلافه .
- المبحث السابع : نماذج وأمثلة لحالة الضرورة في القانون .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول : في الاضطرار إلى قول الباطل
وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : النطق بكلمة الكفر .

المطلب الثاني : جواز الكذب والحلف عليه للضرورة .

المطلب الثالث : جواز التقية .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الأول في الاضطرار إلى قول الباطل

المطلب الأول : النطق بكلمة الكفر عند الضرورة :-

قول الكفر ألحش أنواع الكلام الباطل وأقبحه . به يصير المسلم مرتداً ،
وبه يصير دمه مباحاً ، وتبين زوجته منه ، ولا يرث ولا يورث من المسلمين ،
إلى غير ذلك من الأحكام . هذا إذا كان مختاراً في هذه الردة . أما إذا اضطر
المسلم إلى النطق بكلمة الكفر على لسانه دون قلبه ، وذلك بأن أكره إكراهاً
مُلجئاً عليه وخاف على نفسه من الهلاك أو تلف عضو من الأعضاء ، فيكون
في هذه الحالة مضطراً أى واقع في حالة ضرورة ، فيجوز له التلفظ بكلمة
الكفر ومجاراتهم بلسانه دون قلبه حتى ينجو من حالة الضرورة التي وقع فيها .
والأصل في ذلك قول المولى تبارك وتعالى : « من كفر بالله من بعد إيمانه إلا
من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من
الله ولهم عذاب عظيم » (١) فلقد أخبر المولى تبارك وتعالى عمن كفر به بعد
الإيمان والتبصر ، وشرح صدره بالكفر ، واطمأن به ، أنه قد غضب عليه
لعلمهم بالإيمان ثم عدو لهم عنه ، وأن لهم عذاباً عظيماً في الآخرة ، لأنهم
استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة ، فأقدموا على ما أقدموا عليه من الردة لأجل
الدنيا ، ولم يهد الله قلوبهم ويشتمهم على الدين الحق ، قطع على قلوبهم ، فهم لا
يعقلون بها شيئاً ينفعهم . وأما قوله تعالى : « إلا من أكره وقلبه مطمئن
بالإيمان » . فهو استثناء ممن كفر بلسانه ووافق المشركين بلفظه مكرهاً لما ناله
من ضرب وأذى وقلبه يأبى ما يقول ، وهو مطمئن بالإيمان بالله ورسوله وقد
روى عن ابن عباس أن هذه الآية نزلت في عمار بن ياسر ، حين عذبه
المشركون حتى يكفر بمحمد ﷺ واشتد به الأذى ، فوافقهم على ذلك
مكرهاً ، وجاء معتزراً إلى النبي ﷺ ، فأنزل الله هذه الآية . وقال ابن

(١) الآية ١٠٦ سورة النحل .

جرير : أخذ المشركون عمار بن ياسر فعذبوه عذاباً شديداً حتى قاربهم في بعض ما أرادوا ، فشكوا ذلك إلى النبي ﷺ ، فقال له : وكيف تجد قلبك ؟ قال : مطمئناً بالإيمان ، قال النبي ﷺ : إن عادوا فعد ، وفيه أنه سب النبي ﷺ وذكر آهتهم بخير . ولهذا اتفق الفقهاء على أن المكروه على الكفر يجوز له أن يوالى إبقاءً لمهجته^(١) . وقد ورد في سبب نزول هذه الآية ثلاث روايات .

الأولى : ما أخرجه ابن أبي حاتم عن ابن عباس قال : لما أراد النبي ﷺ أن يهاجر إلى المدينة أخذ المشركون بلالاً وخباباً وعماراً ، فأما عمار فقال لهم كلمة أعجبتهم تقية ، فلما رجع إلى النبي ﷺ حدثه فقال : كيف كان قلبك أكان منشرحاً بالذي قلت . ؟ قال : لا فنزلت .

الثانية : ما أخرجه أيضاً عن مجاهد قال : نزلت هذه الآية في أناس من أهل مكة آمنوا . فكتب إليهم بعض الصحابة بالمدينة أن هاجروا ، فخرجوا يريدون المدينة ، فأدركتهم قريش بالطريق ففتنهم فكفروا مكرهين ، ففهم نزلت هذه الآية .

الثالثة : أخرج ابن سعد في الطبقات عن عمر بن الحكم قال : كان عمار بن ياسر يعذب حتى لا يدرك ما يقول وبلال وعامر بن فهيرة وقوم من المسلمين وفيهم نزلت الآية^(٢) .

ومن هنا قال الفقهاء : إنه إذا وقع الإكراه على شخص ليقول أو يعمل ما يخالف الدين ، ولم يطق احتمال هذا الإكراه بحال من الأحوال . فإن الله تعالى لا يؤاخذ على ما يقول أو على ما يعمل . وقال الفقهاء : إن من أكره على الكفر حتى خشى على نفسه القتل أو على تلف عضو من الأعضاء وكان الإكراه ملجئاً ، لا إثم عليه إن كفر بلسانه ، وقلبه مطمئن بالإيمان ، ولا تطلق زوجته منه ، ولا يحكم عليه بالكفر . وقد ورد في الحديث الشريف : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٣) وبالنسبة لأقوال الفقهاء فقد أجمع الفقهاء على ذلك فقد ورد في المذهب الحنفي قولهم : « وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعباد بالله أو سب رسول الله ﷺ بأمر يخاف منه على نفسه

(١) مختصر تفسير ابن كثير . اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني . المجلد الثاني ص ٣٤٨ دار القرآن الكريم - بيروت .

(٢) مجموع شرح المذهب - التكملة الثانية للاستاد محمد حسين العنتبي ح ١٨ ص ٤ مطبعة الإمام .

(٣) رواد الطبراني في الكبير عن ثوبان وأبي الدرداء وأخرجه ابن ماجه وابن حبان والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً وذكره غيرهم . سبل السلام للصنعاني ح ٣ ص ٢٣٢ كتاب الطلاق .

أو على عضو من أعضائه .. وسعة أن يظهر ما أمره به ويورى ، فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه» (١) ومثل ذلك في المذهب المالكي ... (٢) قال الشافعي رحمه الله : « وإن قامت بينة على رجل أنه تلقط بكلمة الكفر وهو محبوس أو مقيد لم يحكم بكفره لأن القيد والحبس إكراه في الظاهر » (٣) وقد قال ابن قدامة في المغني : « ومن أكره على الكفر فأق بكلمة الكفر لم يصير كافراً وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي ... وإن قامت عليه بينة أنه نطق بكلمة الكفر وكان محبوساً عند الكفار ومقيداً عندهم في حالة خوف لم يحكم برده لأن ذلك ظاهر في الإكراه» (٤)

العزيمة عند الإكراه على الكفر أفضل :

وإذا كان النطق بكلمة عند الإكراه رخصة ، فإن الأفضل عند عامة أهل العلم الأخذ بالعزيمة ، والصبر على التعذيب ، ولو أدى ذلك إلى القتل إعزازاً للدين ، كما فعل ياسر وسمية . وليس ذلك من إلقاء النفس إلى التهلكة بل هو كالقتل في الغزو كما صرح به الفقهاء . فقد قال ابن قدامة : « ومن أكره على كلمة الكفر فالأفضل له أن يصبر ولا يقولها وإن أتى ذلك على نفسه . لما روى حباب عن رسول الله ﷺ قال : « إن كان الرجل من قبلكم ليحفر له في الأرض فيجعل فيها فيجاء بمنشار فيوضع على شق رأسه ويشق اثنين ما يمنعه ذلك عن دينه ويمشط بأمشاط الحديد ما دون عظمه من لحم ما يصرفه ذلك عن دينه » (٥) وجاء في تفسير قوله تعالى : « قتل أصحاب الأخدود . النار ذات الوقود إذ هم عليها قعود . وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود » (٥) أن بعض ملوك الكفار أخذ قوماً من المؤمنين فحفر لهم أخدوداً في الأرض وأوقد فيه ناراً ، ثم من لم يرجع عن دينه فألقوه في النار ، فجعلوا يلقونهم فيها واحداً تلو الآخر ، حتى جاءت امرأة على كفها صبي لها ، فتقاعست من أجل الصبي . فقال الصبي : يا أماه اصبري فإنك على الحق فذكرهم الله تعالى في كتابه . وقد ذكر النبي ﷺ هذا عن السابقين من المؤمنين الصابرين على سبيل التنويه

(١) الهداية شرح بداية المبتدى للمريناني ج ٣ ص ٢٧٧ .

(٢) إلا أن المالكية يشترطون في ذلك أن يكون التهديد بالقتل .

(٣) المجموع شرح المهذب - المرجع السابق ص ٧ .

(٤) مغني ابن قدامة ج ٨ ص ١٤٦ .

(٥) الآيات ٤ ، ٥ ، ٦ ، ٧ من سورة البروج .

والتقدير «^(١)» وعلى ذلك فقد أجمع الفقهاء على أن من أكره على النطق بالكفر فلم يكفر ، واختار القتل فقتل فهو شهيد وأعظم أجراً عن الله ممن أختار الرخصة . والحجة لتفضيل الأخذ بالعزيمة على الرخصة أخبار وآثار صحيحة وردت عن النبي ﷺ : منها أن عيوناً لمسيمة ألقوا رجلين من المسلمين ، وذهبوا بها إلى مسيمة . فأجابه أحدهما مكرهاً إلى ما طلبه منه من الكفر فغلى سيله ، وأما الثاني فلم يجبه فقتله . فجاء الذي نجا إلى رسول الله ﷺ وأخبره بالأمر فقال الرسول (ﷺ) : أما أنت فأخذت بالرخصة وأما صاحبك فمضى على إيمانه وهو رفيقي في الجنة^(٢) . وخلاصة القول : أن من يتعرض لإكراه أو ارغام لا يطيقه ولا يستطيع احتماله ، وارتكب بسبب ذلك عملاً غير مشروع . فإنه لا يؤاخذ به ولا يحاسب عليه والذنب يكون على من أكرهه أو أرغمه ، وإن صبر واحتسب الأجر عند الله ولم ينطق بكلمة الكفر فهو أفضل وهو في عليين .

(١) د . أحمد الشرباصي في يسألونك في الدين والحياة - دار الجيل - بيروت ح ٢ ص ٦٢١ .
(٢) تفسير القرطبي ح ١٠ ص ١٨٢ ، أحكام القرآن لابن العرف ح ٣ ص ١١٦٧ .

المطلب الثاني

في

جواز الكذب والحلف عليه للضرورة

الكذب حرام في شرع الإسلام ، فإذا كان مخلوفاً عليه كان أشد في التحريم ، ولكن مع هذا يجوز الكذب والحلف عليه لضرورة تخليص نفس بريئة من الهلاك ، أو امرأة من الزنا بها ، أو مال معصوم من الغضب ، فلو طارد ظالم باغ بريئاً يريد قتله أو امرأة يريد الزنا بها ، فاختمت عند أحد الناس . جاز له إنكار وجودهما عنده والحلف على ذلك . وكذلك يجوز للوديع إنكار الوديعة والحلف على ذلك إذا طلبها ظالم متغلب باغ ، حيث إن ذلك ضرورة والضرورات تبيح المحظورات ، ومفسدة الكذب أهون من مفسدة القتل والزنا وغصب المال . وقد قلنا من قبل أن هناك قاعدة فقهية مقتضاها : « أن الضرر الأشد يدفع بتحمل الضرر الأخف ، ومن ذلك الكذب بين الناس بغرض الإصلاح ، أو بين المرأة وزوجها للتوفيق بينهما ، أو في أمور الحرب (١) بل إن الكذب في هذه المواطن يكون واجباً دفعاً للإثم . قال الإمام العز بن عبد السلام : « ولو صدق في هذه المواطن — التي ذكرناها — لأثم إثم المتسبب إلى تحقيق هذه المفساد » (٢) . ومن هذا القليل أيضاً ما رواه الإمام القرطبي في تفسيره عن فقهاء التابعين من جواز الكذب والحلف عليه لتخليص نفس أخالف أو ماله أو نفس الغير أو ماله من اعتداء المعتدين أو بغى الباغين ، وهذه النقول تكون سوابق فقهية قديمة ومهمة تكشف عن جانب دقيق من جوانب الفقه الإسلامي العظيم في مواجهته واقع الحياة ، وكيف أنه جانب النيات ومآلات الأفعال . فمن نقول الإمام القرطبي . ما قاله عن الحسن البصري ، أنه رحمه الله سئل فيمن حلفه سلطان ظالم على نفسه أو على أن يد له على رجل ليبطش به ظلماً ، أو مال رجل ليأخذه غصباً ، فأجاب الحسن : إذا خاف عليه أو على ماله أو على مال غيره فليحلف ولا يكفر بيمينه (٣) وذكر عبد الملك بن حبيب من فقهاء المالكية ، قال : حدثني معبد عن المسيب بن شريك عن أنى

(١) الأشباه والنظائر لابن حبيب ص ٨٩ . وشبه السيوطي ص ٨٧ .

(٢) فواعد الأحكام في مصالح الأئمة للعز بن عبد السلام ح ١ ص ١٠٧ .

(٣) تفسير لقرطبي ح ١٠ ص ١٨٩ .

شبية قال : سألت أنس بن مالك عن الرجل يؤخذ بالرجل ، هل ترى أن يحلف ليقه يمينه ؟. قال نعم ، لأن أحلف سبعين يمينا وأحنت أحب إلى من أن أدل على مسلم . وقد استحلف الوليد بن عبد الملك رجاء بن حيوة ، وهو فقيه تابعي ، ليخبره عن تكلم عليه بالسوء في مجلسه . وقد حصل هذا فعلاً ووصل خبره بذلك إلى الوليد من عيون ، فحلف رجاء بن حيوة أنه لم يحدث شيء من ذلك في مجلسه ، فضرب الوليد جاسوسه الذي جاءه بالخبر سبعين سوطاً ، فكان المضروب يلقي رجاء فيقول له : يا رجاء بك يستقى المطر ، وسبعون سوطاً في ظهرى فيقول رجاء : سبعون سوطاً في ظهرك خير لك من أن يقتل مسلم^(١) . ومن أهم المواطن التي يجوز فيها الكذب بل يجب ، الكذب والخداع لتضليل العدو مادام ذلك لم يشتمل على نقض عهد أو إخلال بأمان ، ومن الخداع أن يخدع القائد الأعداء بأن يوهمهم بأن عدد جنوده كثرة كاذبة ، وعتاده قوة لا تقهر^(٢) وفي الحديث الذي رواه البخارى عن جابر أن النبي ﷺ قال : « الحرب خدعة »^(٣) وأخرج مسلم من حديث أم كلثوم بنت عقبة رضى الله عنها ، قالت : « لم أسمع النبي ﷺ يرخص في شيء من الكذب مما يقول الناس إلا في الحرب ، والإصلاح بين الناس ، وحديث الرجل امرأته ، وحديث المرأة زوجها »^(٤) وقد حدث مثل ذلك أمام المصطفى ﷺ فلم ينكره ، فقد أورد البخارى تحت عنوان « باب الكذب في الحرب » حديثاً عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « من لكعب بن الأشرف ، فإنه قد آذى الله ورسوله ٢٠٠ قال محمد بن مسلمة : أتعب أن أقتله يارسول الله ؟. قال : نعم . قال فأتاه فقال : إن هذا — يعنى النبي ﷺ — قد عنانا وسألنا الصدقة . قال : وأيضاً والله لَتَمَلَّنَّهُ . قال : فإننا اتبعناه فنكره أن ندعه حتى ننظر إلى ما يصير أمره . قال : فلم يزل يكلمه حتى استمكن منه فقتله »^(٥) وأدخل هذا الحديث تحت باب الكذب في الحرب

(١) تفصيل ذلك راجع قواعد الأحكام للجز بن عبد السلام ح ١ ص ١٠٧ .

(٢) فقه السنة للشيخ سيد سابق . المجلد الثالث ص ١٦٢ .

(٣) رواه البخارى عن جابر . فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ح ٦ ص ١٩٤ ، ورواه مسلم بهذا الأستاذ وعن أبى هريرة . الجامع الصحيح للإمام مسلم ح ٣ ص ١٤٣ .

(٤) الجامع الصحيح للإمام مسلم ح ٣ ص ١٤٢ .

(٥) رواه البخارى عن جابر بن عبد الله . فتح البارى شرح صحيح البخارى ح ٦ ص ١٩٥ .

وذلك لقول محمد بن مسلمة للنبي ﷺ أولاً « ائذن لي أن أقول ، قال : قل » فإنه يدخل فيه الإذن في الكذب تصريحاً وتلويحاً^(١) وقد جاء ذلك صريحاً ما أخرجه الترمذى من حديث أسماء بنت يزيد مرفوعاً : « لا يحل الكذب إلا في ثلاث : تحديث الرجل امرأته ليرضيها ، والكذب في الحرب ، وفي الإصلاح بين الناس » قال النووي : الظاهر إباحة حقيقة الكذب في الأمور الثلاثة ، لكن التعريض أولى وقال ابن العرى : الكذب في الحرب من المستثنى الجائز بالنص رفقاً بالمسلمين لحاجتهم إليه ، وليس للعقل فيه مجال ، ولو كان تحريم الكذب بالعقل ما انقلب حلالاً . وقال الملهب : موضع الشاهد للترجمة من حديث الباب قول محمد بن مسلمة : « قد عنانا ، فإننا سألنا الصدقة » لأن هذا الكلام يحتمل أن يفهم أن اتباعهم للنبي ﷺ إنما هو للدنيا فيكون كذباً محضاً ، ويحتمل أن يريد أنه أتعنا بما يقع لنا من محاربة العرب ، فهو من معاريض الكلام ، وليس فيه شيء من الكذب الحقيقي الذى هو الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو عليه ... (٢) .

تخلص من كل ذلك إلى أن الكذب من المحرمات في الشريعة الإسلامية ، المنهى عنه في القرآن والسنة واجماع الأمة ، ولكن إذا دعت ضرورة إليه بأن كان ذلك للصلح بين الرجل وامرأته خشية الانفصال ، أو في الصلح بين الناس المتخاصمين ، أو لدفع الضرر أو القتل عن مسلم موحد بالله ، أو في أحوال الحرب ، جاز اللجوء إليه بل وفي بعض الأحيان يجب ، حيث إن ذلك ضرورة — الضرورات يسح المحظورات ، كما سبق القول — والله أعلم .

(١) المرجع السابق ص ١٩٦ .

(٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ج ٧ ص ١٩٦ .

المطلب الثالث في : جواز التقية

معنى التقية :-

التقية هي « أن يقي الإنسان نفسه من التلف والأذى بما يظهره وإن كان يظن خلافة ... »^(١) وهذا إذا وجد المسلم في وسط كفار وخاف على نفسه من بطشهم ، أو خاف على أولاده ، أو على ماله من أن يضيع في وسطهم ، فله أن يظهر لهم من الموالاة لهم ، والتحيز إليهم بلسانه فقط على أن يكون قلبه مطمئناً بالإيمان ، وقد استدل على جواز ذلك من القرآن الكريم بقوله تعالى : « لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء إلا أن تتقوا منهم تقاة ويحذركم الله نفسه وإلى الله المصير »^(٢) . فقد نهى الله تبارك وتعالى عباده المؤمنين أن يوالوا الكافرين ، وأن يتخذوهم أولياء يسرون إليهم بالموادة من دون المؤمنين ، ثم توعدهم الله على ذلك فقال تعالى : « ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء » أى ومن يرتكب نهى الله من هذا فقد برىء من الله ، « إلا أن تتقوا منهم تقاة » أى إلا من خاف في بعض البلدان والأوقات من شرهم ، ومن إلحاقهم الأذى به ، أو بأولاده ، أو بأمواله ، فله أن يتقيهم بظاهره لا بباطنه ونيته^(٣) . وقد قال ابن عباس رضى الله عنهما في قوله تعالى : « إلا أن تتقوا منهم تقاة » وهو أن يتكلم بلسانه وقلبه مطمئن بالإيمان ولا يقتل ولا يأتي مائماً^(٤) . ومعنى يتكلم بلسانه أى يقول كلمة الكفر بغير نية قوله وقلبه مطمئن بالإيمان ، وهو نظير ما روى عنه أيضاً : « إنما التقية باللسان لا باليد » يعنى القتل ، والتقية باللسان إجراء كلمة الكفر مكرها^(٥) . أما القتل فلا يجوز بحجة التقية ، لأنه لا يحل للمسلم أن يقي نفسه من الهلاك بإهلاك غيره . وقال آخرون في تفسير قوله تعالى : « إلا أن تتقوا منهم تقاة » أن المؤمن إذا كان قائماً بين الكفار ، فله أن يداريهم باللسان ، إذا كان خائفاً على نفسه منهم وقلبه مطمئن بالإيمان^(٦) . وقال ابن العربي المالكي

(١) قواعد الأحكام للجزين عبد السلام - ج ١ ص ١٠٧ .

(٢) الآية ٢٨ سورة آل عمران .

(٣) تفسير ابن كثير - المختصر المجلد الأول ص ٢٧٦ اختصار وتحقيق محمد على الصابوني .

(٤) تفسير القرطبي - ج ٤ ص ٥٧ .

(٥) البسوط للسرخسي الحنفى - ج ٢٤ ص ٤٦ .

(٦) تفسير القرطبي - المرجع السابق .

في تفسيرها . إلا أن تخافوا منهم فإن خفتهم فساعدهم ووالوهم وقولوا ما
يصرف عنكم من شرهم وأذاهم بظاهر منكم لا باعتقاد^(١) . وفي أحكام
القرآن للجصاص في تفسيرها : « يعني أن تخافوا تلف النفس أو بعض الأعضاء
فتتقوهم باظهار الموالاتة لهم من غير اعتقاد^(٢) . ويتلخص لنا من هذه الأقوال
في تفسير الآية الكريمة أن المسلم إذا وجد نفسه بين كفر وخاف منهم التلف
على نفسه ، إذا لم يظهر الموالاتة لهم ، أو يقول كلمة الكفر بلسانه دون قلبه ،
فإنه يجوز له في هذه الحالة مثل هذا الإظهار دفعاً للهلاك عن نفسه ، بشرط
اطمئنان قلبه بالإيمان وكرهيته ما أظهره . وهذه الآية نظير قوله تعالى : « من
كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان^(٣) » فقد أجازت
هذه الآية الكريمة النطق بكلمة الكفر عند الإكراه دفعاً للهلاك عن النفس على
وجه التقية .

والتقية كما تجوز مع الكفار ، تجوز مع غيرهم إذا وجد الاضطرار إليها دفعاً
لتلف النفس بغير وجه حق من قبل ظالم باغ منتسب للإسلام ، قال الإمام
السرخسي في مبسوطه ، لا بأس باستعمال التقية ، وأنه يرخص له في ترك
بعض ما هو فرض عند خوف التلف على نفسه^(٤) ولم يشترط السرخسي
لجوازها استعمالها مع الكفار وإنما جعل مناط استعمالها خوف التلف على
النفس . وقال الإمام الجصاص وهو يتكلم عن النطق بالكفر عند الإكراه :
« واعطاء التقية في مثل ذلك إنما هو رخصة من الله تعالى » وهذا أيضاً يدل
على ما دل عليه كلام الإمام السرخسي وهو جواز استعمالها حيث وجد
الاضطرار إليها . هذا والتقية وإن كانت جائزة للمسلم إلى يوم القيامة كما قال
الحسن البصري على وجه الرخصة ، فإنها لا تجوز مطلقاً للمجاملة والمداهنة ،
فإنها في هذه الحالة تكون من النفاق المحرم لا من التقية المرخص فيها شرعاً .
وقد قال الله تعالى في ذم المنافقين : « إن المنافقين في الدرك الأسفل من
النار^(٥) » وكذلك لا تجوز التقية مع الكفار أو مع غيرهم لابقاء أدنى ضرر

(١) أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢٦٨ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٩ طبعة سنة ١٣٢٥ هـ مطبعة الأوقاف الاسلامية -
الاستانة .

(٣) الآية ١٠٦ سورة النحل .

(٤) المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ٤٧ مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣١٤ هـ .

(٥) الآية ١٤٥ سورة النساء .

متوقع منهم لأن التقية لا تجوز إلا في حالة الضرورة ، والضرورة لا تكون إلا مع خوف القتل أو القطع أو الإيذاء العظيم^(١) وبغير ذلك لا تتحقق حالة الضرورة .

ومن ذلك — أى ويدخل في هذا المطلب — ما رواه البخارى عن أبى الدرداء إنه قال : « إنا لنكشر في وجوه أقوام وقلوبنا تلغهم » وقد أورد البخارى تحت عنوان : ما يجوز من إغتياب أهل الفساد والرّيب ، ما رواه البخارى عن عروة بن الزبير أن عائشة رضى الله عنها أخبرته قالت : « استأذن رجل على رسول الله ﷺ فقال : ائذنوا له ، بس أخو العشيرة أو ابن العشيرة . فلما دخل ألان له الكلام . قلت يا رسول الله قلت الذى قلت ثم التت له الكلام . قال : أى عائشة ، إن شر الناس من تركه الناس — أو ودعه الناس — اتقاء فحشه » ومن هذا الحديث قال العلماء : تباح الغيبة في كل غرض صحيح شرعاً حيث يتعين طريقاً إلى الوصول إليه بها : كالتظلم ، والاستعانة على تغيير المنكر ، والاستفتاء ، والمحاکمة ، والتحذير من الشر ، ويدخل فيه تجريح الرواة والشهود ، وإعلام من له ولاية عامة بسيره من هو تحت يده ، وجواب الاستشارة في نكاح أو عقد من العقود ، أو من يتجاهر بالفسق أو الظلم أو البدعة^(٢) وقد حدث في عهد المصطفى ﷺ ، أن أحد الصحابة لما علم أن رسول الله ﷺ أراد أن يفتح مكة ، فأرسل إليهم كتاباً يتودد به إليهم ، فنزل قول الله تعالى : « لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة »^(٣) فقد روى البخارى عن أبى رافع قال : سمعت علياً رضى الله عنه يقول : « بعثنى رسول الله ﷺ أنا والزبير والمقداد بن الأسود وقال : انطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن بها ظعينة ومعها كتاب فخذوه منها . فانطلقنا تعادى بنا خيلنا ، حتى انتهينا إلى الروضة ، فإذا نحن بالظعينة ، فقلنا : أخرجى الكتاب . فقالت ما معى من كتاب . فقلنا : لتخرجن الكتاب أو لتلقين الثياب . فأخرجته من عقاصها ، فأتينا به رسول الله (ﷺ) فإذا

(١) تفسير القرطبي ج ٤ ص ٥٧ .

(٢) فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ج ١٠ ص ٥٧٨ .

(٣) من الآية ١ سورة الممتحنة .

فيه : من حاطب بن أفي بلتعة إلى أناس من أهل مكة يخبرهم ببعض أمر رسول الله (ﷺ) . فقال رسول الله (ﷺ) : يا حاطب ما هذا ؟ . قال يارسول الله لا تعجل علي ، إني كنت إمراً ملصقاً في قريش ، ولم أكن من أنفسها ، وكان من معك من المهاجرين لهم قرابات بمكة يحمون بها أهلهم وأموالهم ، فأحببت إذ فاتني ذلك من النسب فيهم أن أتخذ عندهم يدا يحمون بها قرابتي ، وما فعلت كفراً ولا ارتداداً ولا رضا بالكفر بعد الإسلام . فقال رسول الله (ﷺ) : قد صدقكم . فقال عمر : يا رسول الله ، دعني أضرب عنق هذا المنافق . قال : إنه قد شهد بدرأ ، وما يدريك لعل الله أن يكون قد اطلع على أهل بدر فقال : اعملوا ما شئتم فقد غفرت لكم (١) وكان من المفروض أن يقتل مثل هذا الجاسوس بهذا التودد غير المشروع للكفار إلا أنها خصوصية لمن شهد بدرأ .

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للمقلافي ج ٦ ص ١٧٦ .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الثاني في

الإضطرار إلى تناول المحظور من مطعوم أو مشروب
وفيه مطلبان

المطلب الأول : تناول المحظور من المطعومات
المطلب الثاني : شرب الخمر لضرورة العطش

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الثاني

في

الإضرار إلى تناول المحظور من مطعوم أو مشروب

المطلب الأول : تناول المحظور من المطعومات :

حرمت الشريعة الإسلامية بعض المطعومات والمشروبات . وقد ورد هذا التحريم في كتاب الله تعالى وسنة ورسوله ﷺ ، وذلك مثل : الميتة والدم ولحم الخنزير والخمر ونحو ذلك . فلا يجوز للمسلم تناول هذه المحرمات في حالة السعة والاختيار . ولكن في حالة الضرورة أبيحت كل هذه المحرمات . فلو اضطر الإنسان إلى أكل شيء من هذه الأشياء التي حرمها الله تعالى عليه ، أبيع له أن يتناول ما وجده منها لانقاذ نفسه من الهلاك . وكذلك لو وجد المضطر طعاماً للغير . فللمضطر أيضاً تناول ما ينقذ نفسه من الهلاك ولو بالقوة ومقاتلة مالكة عند الإمتناع من بذله بالمعروف . حتى إذا امتنع عن أكل الميتة أو أكل طعام الغير — ما لم يكن الغير مضطراً — فمات كان آثماً . والأصل في ذلك الآيات الكثيرة التي وردت في كتاب الله تعالى تفيد ذلك . منها قوله تعالى : « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم »^(١) وقوله تعالى : « وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ... »^(٢) والإضرار كما يقول القرطبي : « لا يخلو أن يكون بإكراه من ظالم أو بجوع في مخمصة »^(٣) قال القرطبي في تفسيره : « فأباح الله تعالى في حالة الإضرار جميع المحرمات لعجزه على جميع المباحات »^(٤) وقال ابن كثير : « ثم أباح الله تعالى كل ذلك عند الضرورة والاحتياج إليها عند فقد غيرها من الأطعمة المباحة ... »^(٥) . وإنما يكون الإنسان مضطراً إذا وصل به الجوع إلى حد الهلاك أو إلى مرض يفضى به إليه ولهذا قال ابن حزم : « حد

(١) الآية رقم ١٧٣ سورة البقرة .

(٢) الآية ١١٩ سورة الأنعام .

(٣) تفسير القرطبي ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٤) المرجع السابق ج ٢ ص ٢٣٢ .

(٥) مختصر ابن كثير ج ١ ص ١٥٠ اختصار وتحقيق محمد علي الصابوني .

الضرورة أن يبقى يوماً وليلة لا يجد فيهما ما يأكل أو يشرب ، فإن خشي الضعف المؤذي الذي إن تمدى به أدى إلى الموت أو قطع به عن طريقه وشغله . حل له من الأكل والشرب ما يدفع عن نفسه الموت بالجوع أو بالعطش .. فمن اضطر إلى شيء مما ذكرنا قبل ولم يجد مالاً مسلم أو ذمي فله أن يأكل حتى يشبع ويتزود حتى يجد خلاصاً ، فإذا وجد عاد الحلال من ذلك حراماً ... «(١)» .

فقد أجمع الفقهاء على أن للمضطر أن يأكل من المحرمات ، ليدفع عن نفسه خطر الهلاك أو التلف ولكن اختلفوا في الكمية المفروض تناولها . هل بقدر سد الرمق ودفع الهلاك عن نفسه أم يصل الأمر إلى درجة الشبع والإسراف في أكل الميتة وما شابهها عند الاضطرار . وبمشيئة الله تعالى سنقوم ببيان آراء الفقهاء في ذلك باختصار حتى نصل إلى الرأي الراجح .

مذهب الحنيفة :

يقرر أصحاب هذا المذهب بأنه : يفرض على الإنسان أن يأكل — ولو من حرام أو ميتة — بقدر ما يندفع به الهلاك عن نفسه . إذ لا بقاء للميتة بدونها (٢) .

مذهب المالكية :

جاء في شرح منح الجليل : المعتمد في المذهب أكل المضطر من الميتة وشبهها مباح حتى الشبع ، والتزود إلى أن يجد غيرها . ونص الموطأ : قال مالك رحمه الله : من أحسن ما سمعت في الرجل يضطر إلى أكل الميتة ، أن يأكل منها حتى يشبع ، ويتزود منها ، فإن وجد عنها غنى طرحها . وفي الرسالة : ولا بأس للمضطر أن يأكل الميتة ويشبع ويتزود . فإن استغنى طرحها (٣) . وقال ابن

(١) انظر لابن حزم الظاهري ج ٧ ص ٤٢٦ .

(٢) مجمع الأنهر شرح منتهى الأبحر . لعبد الرحمن دأمار المنقب بشيخي زاده وبهامشه دار المنقبي في شرح المنتهى لعلاء الدين الحصفكي ج ٢ ص ٥٢٤ طبع النبعة العنانية بدار سعادت سنة ١٣٢٨ هـ .

(٣) شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل محمد عايش طبع النبعة الكبرى العامرة بمصر سنة ١٣٤٩ هـ ج ١ ص ٥٩٦ .

رشد الحفيد : « وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فإن مالكا قال : حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها » (١).

مذهب الشافعية :

جاء في المجموع للنووي : « ومن اضطر إلى أكل الميتة أو لحم الخنزير ، فله أن يأكل منهما ما يسد الرمق لقوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ فلا اثم عليه » (٢) وهل يجوز له أن يشبع منه ؟ فيه قولان : أحدهما لا يجوز وهو اختيار المزني ، لأنه بعد سد الرمق يكون غير مضطر . والثاني : يحل لأن كل طعام جاز أن يأكل منه قدر سد الرمق ، جاز له أن يشبع منه كالطعام الحلال » (٣).

وفي نهاية المحتاج : من لم يجد طعاماً حلالاً ، ووجد طعاماً محرماً . وهو مضطر إلى الأكل منه لدفع الجوع . فإن توقع طعاماً حلالاً يجده قريباً . ولم يخش محذوراً قبل وصوله ، لم يحز له منه غير سد الرمق [أى بقية الروح] وإن لم يتوقع فإن له أن يشبع في قول (٤) . بحيث لا يسمى جائعاً ، أما ما زاد عن ذلك فحرام قطعاً ، ولو شبع في حالة امتناعه ، ثم قدر على الحلال لزمه — ككل من تناول محرماً — التقيؤ إن أطاقه . بأن لم يحصل له منه مشقة تحتل عادة . والأظهر سد الرمق فقط لانتفاء الإضطرار بعده . إلا أن يخاف تلفاً إن اقتصر على سد الرمق . فإنه يشبع وجوباً . أى بكسر سورة الجوع قطعاً لتعلق بقاء الروح عليه (٥).

مذهب الحنابلة :

يحرم الأكل من الميتة حال الاختيار لقوله تعالى : « إنما حرم عليكم الميتة .. الآية » (٦) ومن اضطر إلى الميتة فلا يأكل منها إلا ما يأمن معه الموت ، فيباح له

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ج ١ ص ٥٥٥ دار الكتب الإسلامية .

(٢) الآية ١٧٣ سورة البقرة .

(٣) المجموع للإمام النووي ج ٩ ص ٣٩ ، ص ٤٠ المطبعة العربية بمصر سنة ١٣٤٤ هـ .

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لابن حمزة الرمل طبعة سنة ١٣٥٧ هـ طبعة الحلبي ج ٨ ص ١٥١ .

(٥) المرجع السابق وكذلك حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الميمني ج ٩ ص ٣٩٠ — دار صادر .

(٦) من الآية ١٧٣ سورة البقرة .

أكل ما يسد الرمق ويحرم ما زاد على الشبع . هذا وليس للمضطر في سفر المعصية الأكل من الميتة . وقد أورد ابن قدامة في المعنى أن في مسألة الشبع روايتان : أظهرها : لا يباح لأن الضرورة تقدر بقدرها . والثانية يباح له الشبع اختارها أبو بكر لما روى عن جابر بن سمرة : أن رجلاً نزل الحرة فنفتت عنده ناقة فقالت له إمرأته أسلخها حتى تقدد شحمها ولحمها وتأكله . فقال : حتى أسأل رسول الله ﷺ . فسأله فقال : هل عندك غنى يغنيك ؟ قال : لا . قال : فكلوها « ولم يفرق (١) ولأن ما جاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح (٢) .

مذهب الظاهرية :

جاء في المحلى لابن حزم : « لا يحل شيء من أكل الخنزير أو الصيد الحرام أو الميتة ، أو الدم أو لحم السبع الطائر أو ذى الأربع أو الحشرة أو الخمر أو غير ذلك مما حرم الله عز وجل من المأكول والمشرب إلا عند الضرورة — حاشا لحوم بنى آدم وما يقتل من تناوله — فلا يحل من ذلك شيء أصلاً ، لا بضرورة ولا بغيرها . فمن اضطر إلى شيء مما ذكر قبل . ولم يجد مال مسلم أو ذمي فله أن يأكل حتى يشبع . ويتزود حتى يجد حلالاً . فإذا وجده عاد الحلال من ذلك حراماً ، كما كان عند ارتفاع الضرورة . وحدث الضرورة أن يبقى يوماً وليلة ، لا يجد فيها ما يأكل أو يشرب ، فإن خشي الضعف المؤدى الذى إن تمادى فيه أدى إلى الموت ، أو قطع به عن طريقه وشغله حل له الأكل والشرب ، بما يدفع به عن نفسه الموت بالجوع أو العطش » (٣) .

مذهب الزيدية :

جاء في البحر الزخار : « لا يحل للمضطر مما يحرم بنفسه أكثر من سد الرمق لزوال الضرر بسدة ، لقوله تعالى : « غير باغ » أى غير متلذذ ولا مجاوز لدفع الضرورة » (٤) .

- (١) رواه أبو داود عن جابر بن سمرة . سنن أبي داود ح ٢ ص ١٤٦ دار الكتاب العربى .
(٢) المعنى لابن قدامة الحنبلى ح ٨ ص ٥٩٥ — والمعنى وبيه الشرح الكبير تعليق السيد محمد رشيد رضا ح ١١ ص ٧٣ — الطبعة الأولى — مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٤٧ هـ .
(٣) المحلى لابن حزم الظاهرى ح ٧ ص ٤٣٦ — الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ مطبعة النهضة بمصر .
(٤) البحر الزخار جامع مذهب علماء الأنصار لأحمد بن المرتضى ح ٢ ص ٣٢٢ ط (١) مطبعة السعادة بمصر .

مذاهب الإمامية :

جاء في الروضة البهية : « يجوز عند الاضطرار تناول المحرم من الميتة والخمر وغيرها عند خوف التلف بدون التناول ، أو حدوث المرض أو زيادته ، أو الضعف المؤدى إلى التخلف عن الرفقة . مع ظهور إمارات العطب على تقدير التخلف . وهذا في الخمر موضع وفاق . وأما الخمر فقيل بالمنع مطلقاً . سواء قام مقام الخمر غيره من المحرمات أم لا . وقيل بالجواز مع عدم قيام غيرها مقامها . وإنما يجوز من تناول المحرم ما يحفظ الرمق - وهو بقية الروح - والمراد وجوب الاقتصار على حفظ نفسه من التلف ، ولا يجوز التجاوز إلى الشبع مع الغنى عنه » (١) . وفي كتاب شرائع الإسلام : « يحل للمضطر الذي يخاف التلف أو المرض أو الضعف المؤدى إلى التخلف عن الرفقة ، مع ظهور إمارات العطب ، أو ضعف الركوب المؤدى إلى خوف التلف ، يحل له تناول ما يزيل تلك الضرورة ، ولا يختص ذلك نوعاً من المحرمات ، ما عدا الخمر فهو مختلف فيها ... والذي يحل هو ما فيه حفظ الرمق ، والتجاوز حرام ، لأن القصد حفظ النفس . وهل يجب التناول للحفظ ؟ . قيل نعم وهو الحق ... » (٢) .

الرأى الراجع :

هذا والرأى الذى نرجحه ونميل إليه ، هو الرأى الذى يقرر بأن الضرورة تقدر بقدرها بمعنى الأخذ من المحرم بقدر سد الرمق فقط ، لأن المقصود إبعاد النفس عن الهلاك بتناول المخطور . والبعد عن الهلاك يتحقق بما يدفع هذا الهلاك وهو المقدار المحرم الذى يسد الرمق دون تجاوزه ، لأن الزيادة عن الضرورة ، تدخل فى نطاق الإباحة وهى محرمة وخصوصاً أن المولى تبارك وتعالى ذكر فى أكثر من موضع قوله « غير باغ ولا عاد » أى متجاوز الحد .

المطلب الثانى : فى

شرب الخمر لضرورة العطش

أما بالنسبة لشارب الخمر للعطش فلا يخلو حاله عن واحد من أمرين : إما أن يكون عطشه مهلكاً ، وإما أن يكون غير مهلك .

(١) الروضة البهية شرح المعنى الدمشقية لزين الدين العاملى ح ٢ ص ٢٩٠ دار الكتاب العربى سنة ١٣٧٨ هـ .

(٢) شرائع الإسلام ، لجعفر بن الحسين بن أبى زكريا الهندى الملقب بالحق الجلى ح ٢ ص ١٤٨ وما بعدها - مطبعة دار مكتبة الحياة - بيروت .

فإن كان غير مهلك ، أى لا يسبب لصاحبه موتاً ولا ضعفاً قاتلاً فلا يجوز شربها بحال ، فإن شربها وجب عليه الحد لعدم الاضطرار المبيح لها . وأما إن كان عطشه مهلكاً ميمناً ، ووجد ما يزيل به العطش من غير الخمر — كالماء مثلاً أو أحد السوائل المباحة — فلا يجوز شربها ألبتة أيضاً ، وفي شربها يجب الحد كذلك لعدم الاضطرار إليها^(١) . والخلاف فيما لو كان عطشه مهلكاً قاتلاً ولم يجد ما يزيله به إلا الخمر . فهل يباح الخمر هنا لضرورة العطش المهلك أم لا ؟. في المسألة آراء كثيرة وأهم هذه الآراء :

١ — أنه يجوز له شرب الخمر لهذا العطش القاتل وذلك بقدير ما تندفع به الضرورة ولا يجب عليه الحد . وإلى هذا رأى ذهب الحنفية والظاهرية وبعض فقهاء المذهب الشافعى . واستدلوا بقوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم »^(٢) . وقد تكررت هذه الآيات بما يفيد ألفاظها ومعناها في القرآن الكريم في مواضع كثيرة فقد أباح المولى تبارك وتعالى للمضطر — الذى أصابه الضرر والألم من جراء الاضطرار — له المحظورات والمحرمات صدقة وتفضلاً منه على عباده الضعفاء . ولأن الله تعالى أباح الخنزير وسماه رجس للضرورة وجعل للمضطر أن يأكل منه بقدر ما يندفع به الهلاك غير باغ ولا عاد . فكذلك يباح الخمر في حالة الضرورة القاتلة لدفع العطش قياساً على الخنزير^(٣) زد على ذلك أن الجميع متفقون على إباحة شربها في حالة الإكراه الملجئ^(٤) إذ يجوز للمكروه أن يشرب الخمر كما يجوز له أن يأكل الميتة والخنزير وغير ذلك من المحرمات^(٥) . فلا فرق إذاً بين الإكراه الملجئ وحالة الضرورة القاتلة .

٢ — لم يحز الإمام مالك رحمه الله ورأى للإمام الشافعى شرب الخمر لضرورة العطش بحجة أنها لا تزيد الإنسان إلا عطشاً . فقد جاء في الأم للشافعى : « وليس له — أى للمضطر — أن يشرب خمرًا لأنها تعطش وتبيح ... »^(٦) وقال الإمام مالك معللاً عدم حل الخمر للمضطر : « لا يزيده

(١) د . فرج زهران في المسكرات أضرارها وأحكامها ص ١٥٩ وما بعدها .

(٢) الآية ١٧٣ سورة البقرة .

(٣) مدائع الصنائع للكاساني الحنفى ج ٦ ص ٢٩٣٥ ، المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٢٤٦ .

(٤) المبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ٣٩ .

(٥) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ .

(٦) الأم لمحمد بن إدريس الشافعى ج ٢ ص ٢٥٣ .

الخمير إلا عطشاً»^(١) لأن طبعها حار يابس ، ولهذا يحرص شاربها على الماء البارد ، فلا يتحقق المقصود بشربها . ولذلك فإنها لا تحل . ومع هذا فقد أفتى بعض فقهاء المذهب المالكي بجواز شربها إذا كانت هناك ضرورة قاتلة قياساً على تناول الميتة للمضطر^(٢) وهذا هو عين ما ذهب إليه الحنفية والظاهرية وبعض فقهاء المذهب الشافعي .

الرأى الراجح :

الواقع أن تعليل عدم حل وشرب الخمير في ضرورة العطش بأنها لا تروى ولا تدفع العطش ، يجعل الأمر — أمل الحل — موقوفاً على دفع العطش بها من عدمه ، فإن علم أنها تدفع العطش أبيضت بلا ريب كما يباح لحم الخنزير لدفع الجاعة الشديدة المهلكة . والظاهر — كما قال ابن العربي المالكي — أن الخمير تدفع العطش^(٣) فينبغي إباحتها لهذه الضرورة ، لأن ضرورة العطش الذى يرى المضطر أنه سيهلكه ، أعظم من ضرورة الجوع ، ولا فرق في ذلك بين ضرورة وضرة ولهذا يباح للمضطر شرب النجاسات عند العطش بلا نزاع^(٤) . وقد قال الإمام بن حزم الظاهري في معرض التأييد لمذهبه الذى يقول فيه بجواز شرب الخمير للمضطر إليه في حالة العطش المهلك : « لما قال الله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه »^(٥) . فقد أسقط الله تعالى تحريم الخمير عند الضرورة فعم ولم يخص ، فلا يجوز تخصيص شيء من شيء فللمضطر أن يشرب الخمير ويتزود حتى يجد حلالاً ، فإذا وجده عاد الحلال حراماً كما كان عند إرتفاع الضرورة . أما القول بأنها لا تروى من العطش بل تزيد ، فهذا مردود عليه ، فقد صح عندنا أن كثيراً من المدمنين عليها لا يشربون الماء أصلاً مع شربهم الخمير . ثم إن شربها لإزالة الغصة جائز عند الجميع لضرورة الإحتناق ، ولا فرق بين ضرورة الإحتناق وضرورة العطش ، كما أن القول بحرمها لضرورة العطش المهلك أمر للإنسان بقتل نفسه ، وأنه إن

(١) أحكام القرآن لابن العربي المالكي ح ١ ص ٥٦ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ح ٤ ص ٣١٣ وما بعدها .

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ح ١ ص ٥٧ .

(٤) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ح ١٤ ص ٤٧١ .

(٥) الآية ١١٩ سورة الأنعام .

لم يشرب الخمر فمات فهو قاتل النفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق ...» (١).

على ذلك فالرأى الذى نرجحه ونميل إليه هو القائل بجواز شرب الخمر لضرورة العطش المهلك القاتل ، فلا فرق بين ضرورة وضرورة والله أعلم .

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ٧ ص ٤٢٦ وما بعدها .

المبحث الثالث

في

الاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها

في حالة المرض

وفيه

ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حكم المداواة والعلاج بين الرجل والمرأة

المطلب الثاني : التداوى بالمحرمات

المطلب الثالث : استعمال أعضاء الميت في معالجة الحي

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الإضطرار إلى مباشرة المختلور من الأدوية وغيرها في حالة المرض :

المطلب الأول : حكم المداواة والعلاج بين الرجل والمرأة

حكم الكشف والنظر واللمس :

يجوز في حالة المرض لأغراض الفحص والمعالجة كشف العورة ونظر الطبيب إلى ما لا يحل له النظر إليه من جسم المرأة أو الرجل للضرورة ، إلا أن الضرورة تقدر بقدرها فيما يتعلق بالكشف والنظر والجس باليد وغير ذلك من مقتضيات الفحص والمعالجة^(١) . ومن أمثلة ما نص عليه الفقهاء من تقدير الضرورة بقدرها ما ذكره الإمام السيوطي في أشباهه : « لو فصد أجنبي امرأة وجب عليه أن يستر جميع ساعدها ولا يكشف إلا ما لا بد منه البصده ، وفي الجبيرة يجب أن لا يستر من العضو الصحيح إلا ما لا بد منه »^(٢) . ولكن ينبغي أن لا يصار إلى هذا الجواز والترخص في معالجة المرأة من قبل الرجل ومعالجة الرجل من قبل المرأة ، إلا إذا لم توجد المرأة العارفة بأمر الطب والعلاج . فإذا لم توجد المرأة العارفة بأمر الطب والعلاج ، أو وجدت وكانت قليلة المعرفة بأمر العلاج ، جاز معالجة المرأة من قبل الرجل ، وجاز له ما قلناه من النظر واللمس بقدر الضرورة الداعية إلى العلاج دون تجاوز لهذا الحد وإلا انقلب الأمر إلى أصله وهو الحرمة . جاء في المبسوط للإمام السرخسي الحنفي : « وإذا أصاب امرأة قرحة في موضع لا يحل له أن ينظر . لا ينظر إليه . ولكن يعلم امرأة دواءها لتداويها ، لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف ... وإن لم يجدوا امرأة تداوى تلك أو لم يقدروا على امرأة تعلم ذلك إذا علمت وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع لا تحتمله ، فلا بأس أن يسترها منها كل شيء إلا موضع تلك القرحة ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع ، لأن نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ فيعتبر فيه تحقق الضرورة وذلك لخوف الهلاك عليها وعند ذلك لا يباح إلا بقدر ما ترتفع الضرورة به .. »^(٣) ومثل

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ح ١٠ ص ١٦٨ ، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين ح ٥ ص ٢٤٤ الطبعة اليمنية بمصر .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٠ .

(٣) المبسوط لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي طبعه سنة ١٣١٤ هـ مطبعة السعادة بمصر ح ١٠

ذلك جاء في الفتاوى الهندية : « ويجوز النظر إلى الفرج للخاتن والقابلة وللطبيب عند المعالجة ويغض بصره ما استطاع ، ولو خافت الافتصاد من المرأة فلاجنبي أن يفصدها ... » (١) .

وجاء في كتاب الهداية للمرغيناني : « ويجوز للطبيب أن ينظر إلى موضع المرض منها للضرورة ، وينبغي أن يعلم امرأة مداوتها ، لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل ، فإن لم يقدرُوا يستتر كل عضو منها سوى موضع المرض ، ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع ، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان ... » (٢) وقال الجاحظ في الفتح : « يجوز مداواة الأجانب عند الضرورة وهي تقدر بقدرها فيما يتعلق بالنظر والجنس باليد وغير ذلك . وقال ابن مفلح في كتاب الآداب الشرعية : « فإن مرضت امرأة ولم يوجد من يطبها غير رجل ، جاز له منها نظر ما تدعو الحاجة إلى نظره منها ، حتى الفرجين ، وكذا الرجل مع الرجل .. » قال ابن حمدان : « وإن لم يوجد من يطبه سوى امرأة ، فلها نظر ما تدعو الحاجة إلى نظرها منه حتى فرجيه » قال القاضي : « يجوز للطبيب أن ينظر من المرأة إلى العورة عند الحاجة ، وكذا يجوز للمرأة والرجل أن ينظر إلى عورة الرجل عند الضرورة » (٣) وجاء في بداية المجتهد لابن رشد بأنه يرضح للنساء من الغنيمة وقال : « صار الجمهور إلى أن المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحيث أم عطية الثابت حيث إنهن كن يخرجن مع رسول الله ﷺ لمداواة الجرحى وتمريض المرضى وكان المصطفى ﷺ يرضخ لهم — أى يعطيهم من الغنيمة — وسبب إختلافهم هو إختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها إذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا ؟ فإنهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن الغزو ... » (٤) وجاء في حجة الله البالغة للدهلوى : « ينبغي أن يرضخ دون السهم للنساء يداوين المرضى ويطبخن الطعام ويصلحن شأن الغزاة ... » (٥) وجاء في المعنى لابن قدامة الخنيلي قوله : « فأما

(١) الفتاوى الهندية تأليف جماعة من علماء الهند طبع مطبعة بولاق بمصر سنة ١٣١٠ هـ ص ٣٤٢ وما بعدها .

(٢) الهداية شرح بداية المبتدى لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني الطبعة الأخيرة ح ٤ ص ٨٤ .

(٣) فقه السنة للشيخ السيد سابق نطلد الأول ص ٣١٣ مكتبة المدعات الحديثة .

(٤) بداية المجتهد ونهاية المنتصر محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهر بابين رشد الحفيد ح ١ ص ٤٥٥ مطبعة دار التوفيق التمزجية — الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م .

(٥) حجة الله البالغة للشيخ أحمد بن عبد الرحيم الدهلوى ح ٢ ص ١٧٦ طبعة دار التراث .

الطاعة في السن وهي الكبيرة إذا كان فيها نفع مثل سقى الماء ومعالجة الجرحي فلا بأس به ، لما روينا من الخبر ، وكانت أم سليم ونسيبة بنت كعب تغزو ان مع النبي ﷺ ، فأما نسيبة فكانت تقاتل وقطعت يدها يوم اليمامة ، وقالت الربيع : كنا نغزو مع النبي ﷺ لسقى الماء ومعالجة الجرحي — وقال أنس : كان رسول الله ﷺ يغزو بأم سليم ونسوة معها من الأنصار يسقين الماء ويداوين الجرحي . فإن قيل فقد كان النبي ﷺ يخرج معه من تقع عليها القرعة من نسائه ، وخرج بعائشة مرات . قيل تلك امرأة واحدة يأخذها لحاجته إليها ويجوز مثل ذلك للأمير عند حاجته «(١)» . هذه هي موجز آراء فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة في الفقه الإسلامي وذلك في مسألة علاج الرجل المرأة ، وعلاج المرأة الرجل في حالة الضرورة ونرى فيها شبه إجماع — إن لم يكن إجماعاً — على جواز ذلك في حالة الضرورة . أما إذا انتقلنا إلى السنة النبوية المطهرة فسنجد الكثير من ذلك ففي صحيح البخاري : حدثنا خالد بن ذكوان عن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت : « كنا نغزو مع رسول الله ﷺ نسقى القوم ونخدمهم ونرد القتلى والجرحي إلى المدينة » وفي رواية أخرى بلفظ : « ونداوى الجرحي ونرد القتلى إلى المدينة » وقد ورد هذا الحديث تحت باب هل يداوى الرجل المرأة ، والمرأة الرجل ، وأورد البخاري في باب آخر « باب مداوة النساء الجرحي في الغزو » وكان الحكم في هذه المسألة بأنه يجوز مداوة المرأة للرجال الأجانب عند الضرورة ولكن الضرورة تقدر بقدرها فيما يتعلق بالنظر والجس باليد وغير ذلك «(٢)» وفي صحيح مسلم ورد الكثير من الأحاديث التي تقرر ذلك . فعن أم عطية الأنصارية قالت : غزوت مع رسول الله ﷺ سبع غزوات أخلفهم في رحالهم وأصنع لهم الطعام وأداوى لهم الجرحي وأقوم على الزمنى ... » «(٣)» وروى مسلم كذلك في صحيحة عن أنس بن مالك قال : كان رسول الله ﷺ يغزو بأم سليم ونسوة من الأنصار معه إذا غزا فيسقين الماء ويداوين الجرحي «(٤)» وفي صحيح مسلم

(١) المغنى لابن قدامة الخنيلي ج ٨ ص ٣٦٥ وما بعدها ، وكذلك الغدة شرح السعدة بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي الخنيلي ص ٥٨٦ .

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني ج ١٠ ص ١٦٨ ضمة دار الكتب العلمية .

(٣) الجامع الصحيح للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ج ٣ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٤) المرجع السابق ص ١٩٧ . طبعة دار الفكر .

عن أنس : أن أم سليم أتخذت يوم حنين خنجرًا . فقال لها رسول الله ﷺ م
هذا الخنجر ؟ . قالت أتخذته إن دنا مني أحد من المشركين بقرت بطنه فجعل
رسول الله ﷺ يضحك .. « (١) فمن خلال كل هذه الأحاديث الصحيحة
المتصلة السند برسول الله ﷺ يتبين لنا بوضوح مشروعية جواز مداواة الرجل
المرأة ، ومداواة المرأة الرجل وذلك في حالة الضرورة على أن الضرورة تقدر
بقدرها دون زيادة . والله أعلم .

(١) المرجع السابق ونيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٤٠ طبعة دار الكتب الجامعة .

المطلب الثاني

في

التداوى بالمحرمات

حكم التداوى بالخمير :

الخمير أم الخبائث ، وهي متلفة للمال ، مذهبة للعقل ، مسقطة للمرءة ، مسقمة للبدن . وهي التي تجلب للجسم الداء الدفين ، والمرض المكين ، وهي التي تهدم الحياة ، وتتلغ الأعصاب والألياف ، وتحطم المناعة والمقاومة . وإذا كان بعض الأطباء يهمل أمر الدين في هذه الناحية ، فيصف الخمر علاجاً لمريض كمسكن وقفي ، أو ستر زمني للداء ، فإن هذا من عدم البصر بدقائق الطب وأسرارها ومن ضعف الروح التي يجب أن تحاول بين الدين والطب . وقد أثبتت البحوث الطبية الحديثة ، أنه ما من مرض تستعمل فيه الخمر كعلاج ، إلا ولو جد بدل الخمر دواء آخر يقوم مقامه ، وينجي من عواقبها السوء . وإذا كان الأطباء أنفسهم الذين أوتوا البصر بأمور مهتهم الدقيقة ، وأسرار صنعتهم الجليلة يقررون هذا فيخدمون المجتمع والأحياء والدين . فلماذا يُلجأ بعد هذا إلى استعمال الخمر في الدواء ؟. ومن عجب فإن النبي الأمي ﷺ الذي بعثه الله منذ مئات ومئات السنين يشير إشارة بليغة معجزة فيقول في أكثر من حديث فمثلاً : الحديث الذي رواه أبو الدرداء قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداؤوا ولا تتداؤوا بحرام » وقال ابن مسعود في المستكر : « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ... » ذكره البخاري^(١) وهذا وللفقهاء أقوال في التداوى بالخمير تجمل ذلك في مذهبين :-

المذهب الأول لجمهور الفقهاء :

ذهب جمع كثير من الفقهاء إلى منع التداوى بالمحرمات سواء كانت من المطعوم أو المشروب وخاصة الخمر . وفي التداوى بها شرباً يجب الحد . بلى ذهب المالكية إلى أنه لا يجوز أيضاً التداوى بها شرباً حتى ولو خاف على نفسه

(١) رواه أبو داود بهذا الاسناد . سنن أبي داود ج ٢ ص ٣٣٥ طبعه أول سنة ١٣٧١ هـ سنة ١٩٥٢ م . وقول ابن مسعود في فتح الباري ج ٢ ص ١٨٠ الطبعه الأخيرة - طبعه الحلبي .

الموت وكذلك حرّموا التداوى بها بغير الشرب بأن كانت لطلاء الجسد والجرح من الخارج . ومن وافقهم على ذلك الحنابلة والشيعة الإمامية وقول في المذهب الشافعي ومحمد بن الحسن الشيباني من المذهب الحنفي^(١) وفي هذا الرأي أجمع هؤلاء الفقهاء على حرمة التداوى بالمحرمات ومنها الخمر . وقد استدل جمهور الفقهاء على عدم جواز التداوى بالخمر بالسنة الشريفة : منها الحديث الذي رواه طارق بن سُوَيْد الجعفي أنه سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها ، فقال : إنما أصنعها للدواء ، فقال : إنه ليس بدواء ولكنه داء^(٢) ففى هذا الحديث يدل دلالة صريحة على عدم جواز التداوى بالخمر وأن ذلك محرم شرعاً ، وأن القول أو الزعم بأنها تكون دواء مردود بصرح قوله ﷺ : « إنه ليس بدواء ولكنه داء » والداء هو المرض والعلة ، وذلك لأن الله تعالى سلب الخمر منافعتها عندما حرّمها ، وما يدل عليه القرآن الكريم من أن فيها منافع للناس ، إنما هو قبل تحريمها ، وإن سلم بقاء المنفعة ، فتحريمها مقطوع به ، وحصول الشفاء بها مظنون ، والمظنون لا يقوى على إزالة المقطوع به وهو الحكم بالتحريم^(٣) . ومن الأحاديث التي استدلت بها في ذلك : حديث أنى الدرداء السابق ذكره وهو أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداؤوا ولا تتداؤوا بحرام » وقول ابن مسعود في المسكر : « إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم » ذكره البخارى^(٤) فهذا الحديث يدل على ما دل عليه الحديث الأول من عدم جواز التداوى بالخمر . هذا وقد استدلت الإمام محمد بن الحسن الشيباني الحنفي ، على عدم جواز التداوى بالخمر بما روى عن عائشة رضى الله عنها ، أن رسول الله ﷺ قال : « ما أسكر كثيرة فقليلة حرام » وقال : « كل مسكر من عصير العنب إنما سمي خمراً ، لكونه مخامر العقل ، ومعنى المخامرة يوجد في

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٣١٤ - المكتبة التجارية - ومعنى المحتاج للشربى ج ٤ ص ١٨٨ طبعة سنة ١٣٧٤ هـ ، والمعنى والشرح الكبير لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٣٠ وما بعدها طبعة أولى - المنار - والمختصر النافع في فقه الإمامية للخل ج ١ ص ٢٢٢ طبعة وزارة الأوقاف .

(٢) رواية مسلم وأحمد وأبو داود والترمذى وصححه . انظر الجامع الصحيح لمسلم ج ٦ ص ٨٩ وسنن أبي داود ج ٢ ص ٣٣٤ ، نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٢٩ طبعة أخيرة .

(٣) د . فرج زهران . المسكرات أضرارها وأحكامها ص ١٥٤ دار مصر للطباعة .

(٤) سنن أبي داود ج ٢ ص ٣٣٥ ، نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٢٩ ، فتح البارى ج ١٢ ص ١٨٠ .

سبائر الأشربة المسكرة»^(١). وجاء في العدة شرح العمدة : « ولا يباح التداوى بمحرم»^(٢) وفي فتاوى ابن تيمية ، وقد سئل عن التداوى بالخمير ولحم الخنزير وغير ذلك من المحرمات ، هل يباح للضرورة . قال رحمه الله : « لا يجوز التداوى بذلك »^(٣). وبمثل هذا الجواب قال ابن القيم في زاد المعاد^(٤) وبمثل هذا الجواب ذهب إليه أبو بكر بن العربي المالكي في كتابه أحكام القرآن ، بعد أن ذكر قول سحفون : لا يتداوى بها — أي الخمر — بحال ولا بالخنزير^(٥).

المذهب الثاني : وهو المذهب الذي يميز التداوى بالمحرمات ومنها الخمر ومن ذهب إلى ذلك الإمام أبو حنيفة رضوان الله عليه وصاحبه أبو يوسف وقول للإمام الشافعي والظاهرية — وقالوا يجوز شرب الخمر للتداوى بها مراعاة لحال الضرورة . فقد قال الإمام الكاساني في بدائعه : « والإستشفاء بالحرام جائز عند تيقن حصول الشفاء فيه كتناول الميتة عند الحمصة والخمر عند العطش وإساعة اللقمة ، وإنما لا يباح بما لا يستقين حصول الشفاء به »^(٦) وذهب الظاهرية إلى إباحة التداوى بالمحرمات . فقد قال ابن حزم الظاهري : « الخمر مباحة لمن اضطر إليها ، فمن اضطر لشرب الخمر لعطش أو علاج أو لدفع خنق فشرها فلا حد عليه »^(٧) وحثته في ذلك أن التداوى يعتبر من حالات الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات . وفي هذا يقول ابن حزم الظاهري : أن التداوى بمنزلة الضرورة ، وقال الله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه »^(٨) فما اضطر المرء إليه فهو غير محرم عليه من المأكول والمشرب ، ويستدل ابن حزم لمذهبه أن البول كله حرام ، أكله وشربه إلا لضرورة تداوى وما إليه وذلك بدليل أن رسول الله ﷺ أباح للعربيين أبوال الأبل على سبيل التداوى من المرض ، وأول الأحاديث التي أورها

(١) راجع البدائع للكاساني ج ٦ ص ٢٩٤٣ ، والحديث في نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٠٢ .

(٢) العدة شرح العمدة — بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي ص ٤٦٦ المطبعة السلفية .

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ج ١ ص ٢٧٠ .

(٤) زاد المعاد لابن القيم ج ٣ ص ١١٤ .

(٥) أحكام القرآن لابن العربي المالكي ج ١ ص ٥٩ .

(٦) البدائع للكاساني الخفي ج ١ ص ٦١ .

(٧) مجمع فقه ابن حزم الظاهري ، ترتيب لجنة موسوعة الفقه الإسلامي بدمشق ج ١ ص ٣٤٥ .

(٨) الآية ١١٩ سورة الأنعام .

المذهب المانع لذلك . وقال بجوارها في حالة الإضطراب إلى التداوى بها وبهذا تكون مباحة فلا تكون من الخبائث في حالة الضرورة» (١) . أما الشافعية فيفرون بين الخمر وغيره من المحرمات . فعندهم يجوز التداوى بالنجاسات وسائر المحرمات الأخرى عدا الخمر . وهذا هو المذهب وبه قطع جمهورهم ، واستدلوا بحديث رسول الله ﷺ الذي رواه أنس رضي الله عنه ونصه : « أن نفرا من عرينة — قبيلة عرينة — أتوا رسول الله ﷺ فبايعوه على الإسلام ، فاستوخموا المدينة فسقمت أجسامهم ، فشكوا ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال لهم : ألا تخرجون إلى راعينا في إبله فتصيبون من أوبالها وألبانها . قالوا : بلى . فخرجوا فشربوا من ألبانها وأوبالها فصحوا» (١) . وواضح من هذا الاستدلال ، أن الشافعية قاسوا النجاسات وسائر المحرمات — عدا الخمر — على أوبال الإبل ، وهي نجسة عندهم ، في إباحة التداوى بها . وكان مقتضى القياس القول بإباحة التداوى بالخمر عند الضرورة ، ولكن لم يقل جمهورهم بهذا . أما الخمر ، فقد قالوا بجواز شربه لإساعة اللقمة إذا لم يجد ما يسيغها به من السوائل الطاهرة ، فقد قالوا لو غص بلقمة ، ولم يجد شيئا يسيغها به إلا الخمر ، فله إساعتها بلا خلاف . نص عليه الشافعي واتفق عليه فقهاء الشافعية ، بل قالوا يجب عليه ذلك معللين هذا الوجوب بأن السلامة من الموت بهذه الإساعة . قطعية بخلاف التداوى وشربها للتعطش (٢) . ولكنهم اختلفوا في جواز التداوى بالخمر وسائر المسكرات فجمهورهم لا يميزون التداوى بها وحجتهم الحديث الذي رواه مسلم في صحيحه .

وبعضهم يميز التداوى بها وحجة هذا البعض ، القياس على إباحة شرب أوبال الأبل لبعض الأعراب المرضى من قبيلة عرينة الثابت بحديث رسول الله ﷺ الذي رواه أنس وذكرناه (٤) . أما الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف فقد استدلوا على جواز شرب الخمر للتداوى بها مراعاة لحال الضرورة بما يلي :

(١) ابن حزم الظاهري المرجع السابق ج ١ ص ٣٥٣ .

(٢) الجامع الصحيح للإمام مسلم ج ٥ ص ١٠٢ ، شرح صحيح البخاري للمقلاني ج ١٠ ص ١١٠ .

(٣) المجموع النووي ج ٩ ص ٤٩ .

(٤) المرجع السابق ص ٥٠ ، ص ٥١ .

أولاً :- حديث عن رسول الله ﷺ . فقد ذكر الطحاوي عن عبد الله بن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أتى بنيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ، ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه « (١) .

ثانياً الآثار :

١ - روى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول :
إننا لتنحر الجزور وأن العتق منها لآل عمر ولا يقطعه إلا النبيذ الشديد .

٢ - روى أن عمر كتب إلى بمار بن ياسر رضي الله عنهما ، إلى أتيت من الشام بشراب طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فيبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا من أشربتم (٢) وغير ذلك من الآثار التي روت .

الرأى الذى نرجحه :

ليان القول الراجح بد من مسألتين :

الأولى : هل تدخل حالة المرض في حد الضرورة ؟ . وإذا كان الجواب بالإيجاب فهل تبيح المحظور من الأدوية ، كما تبيح ضرورة الخمصة أكل الميتة ونحوها .

الثانية : ما هي دلالة الأحاديث الشريفة التي احتج بها المانعون ؟ .

أما عن المسألة الأولى . فيمكن القول بأن حالة المرض الذى يخاف فيها على المريض الهلاك تدخل في معنى الضرورة . وقد قال الشافعى رحمه الله : « وقيل إن من الضرورة وجهاً ثانياً ، أن يمرض الرجل المرض الذى يقول له أهل العلم به ، أو يكون هو من أهل العلم به : قلما يبرأ من كان مثل هذا إلا أن يأكل كذا أو يشرب كذا أو يقال له إن أعجل ما يبرئك أكل كذا أو شرب كذا . فيكون له أكل ذلك وشربه ما لم يكن خمرًا إذا بلع منها ما اسكرته ، أو شيئاً يذهب العقل من المحرمات أو غيرها ، فإن إذهاب العقل محرم .. لأنه يمنع

(١) شرح معاني الآثار للطحاوي ج ٤ ص ٢١٩ تحقيق محمد زهرى الجبل .

(٢) راجع تفصيل هذه المسألة د . فوج زهران في المسكرات اضلرها وأحكامها ص ١٥٦ .

الفرائض ويؤدى إلى اتیان المحارم»^(١) والظاهر من هذا القول أن الممنوع عند الإمام الشافعى ، تناول المقدار الذى يسكر لا المقدار الذى لا يسكر . أما قول المجيزين ، فالظاهر لى ، أنه محمول على إطلاقه ، أى على المقدار الذى يسكر والذى لا يسكر . إذ لا يمكن حمله على التقييد أى على المقدار الذى لا يسكر .. وتأخذ من قول الشافعى أن حالة المرض تعتبر من حالات الضرورة ، ولا يضعفه وروده بكلمة « قيل » لأن الشافعى رحمه الله رضى هذا الذى قيل ، بدليل أنه لم يعقب عليه ولم يعترض عليه . بل وأن الشافعى جعل من الضرورة حالة المرض الذى يتأخر الشفاء منه عند عدم تناول المحرم^(٢) . وأيضاً فقد قدمنا فى تعريف الضرورة : « أنها الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً » . ولا شك أن حالة المرض حالة ملجئة إلى تناول ما هو ممنوع شرعاً . لأن فى عدم تداوى المريض يخاف عليه ازدياد المرض وازدياد الضعف ثم الهلاك . والخوف من ذلك يجعل المرض من حالات الضرورة ، قال الفقيه ابن حزم : « حد الضرورة أن يبقى يوماً وليلة لا يجد فيها ما يأكل أو ما يشرب وخشى الضعف المؤذى الذى إن تمادى أدى إلى الموت »^(٣) فليس إذا حد الضرورة هلاك الإنسان حالاً إذا لم يتناول المحذور ، بل يشمل أيضاً الضعف الذى يصيب المضطر ويزداد هذا الضعف بتركه تناول المحذور حتى يسلمه هذا الضعف إلى الهلاك . ويؤيد قولنا هذا ما قاله صاحب المعنى : « فإن الضرورة المبيحة هى التى يخاف التلف بها إن ترك الأكل . قال أحمد : إذا كان يخشى على نفسه سواء كان من جوع أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشى وانقطع عن الرفقة فهلك أو يعجز عن الركوب فهلك ... »^(٤) .

أما عن المسألة الثانية ، وهى دلالة الأحاديث الشريفة التى احتج بها المانعون فإن هذه الأحاديث صحيحة ولا يمكن لأحد أن يشك فى صحتها . ولكن دلالتها على المنع ليست دلالة قاطعة ، إذ يمكن حملها على غير حالة الضرورة بأن يوجد دواء مباح يغنى عن الدواء المحرم ويقوم مقامه ، وقال بهذا التأويل بعض

(١) الأم محمد بن إدريس الشافعى ح ٢ ص ٢٥٣ .

(٢) المجموع النوى ح ٩ ص ٤٩ .

(٣) معجم ابن حزم الظاهرى ح ١ ص ٥٣ .

(٤) المعنى لابن قدامة الحنبلى ح ٨ ص ٥٩٥ وما بعدها .

فقهاء الشافعية^(١) وهو تأويل شائع مقبول، والدليل إذا ورد عليه الإحتمال لم يكن حجة للمستدل به في موضع الخلاف وخصوصاً إذا كانت هناك ضرورة ، علاوة على ذلك فإنه يجوز شرب الخمر في حالة العطش الشديد المهلك القاتل — على الرأى الذى ترجحه — وشربها لإزالة الغصة باتفاق الفقهاء وجواز أخذ الخمر عن طريق الحقنة في العمليات الجراحية لكى لا يشعر المريض بآلام العملية الجراحية . على ذلك فالرأى الذى أرجحه وأميل إليه ، أن حالة المرض تدخل في معنى الضرورة وتعتبر من حالاتها ، ومادام أنها من حالة الضرورة ، فإنها تبيح المحظور ، إذ لا فرق بين ضرورة وضرورة ، ما دام معنى الاضطرار إلى المحظور موجوداً فيهما . يؤيد ذلك أن قول الله تبارك وتعالى : « إلا ما اضطررتم إليه » فقد استثنى المولى تبارك وتعالى المحظورات من المنع والتحریم عند الاضطرار ولم يفصل ولم يقيد الاضطرار بضرورة دون ضرورة كالجوع والعطش . فينبغى إذن حمله على الإطلاق فيدخل فيه الإضطرار إلى المحظور لغرض التداوى . والخلاصة فالذى نرجحه هو إباحة المحظورات في التداوى ولكن بشروط منها : أن يكون المرض مخوفاً أى مهلكاً ، ولا يوجد دواء مباح يقوم مقام الدواء المحظور ، وأن يشير أهل العلم بالطب أن هذا الدواء يؤدي إلى الشفاء في غالب الظن ، وأن يكون تناول منه بقدر ما تندفع به الضرورة في حالة المرض وإن طال مدة التداوى فإذا توافرت هذه الشروط أخذنا بحالة الضرورة وقول الفقهاء المجيزين لذلك . وبالرخصة التي رخصها الله لعبادة الضعفاء . والله أعلم .

(١) المجموع للإمام النورى ح ٩ ص ٤٩ ، وفيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى ح ٢ ص ٢١٦ .

المطلب الثالث

في

استعمال أعضاء الميت في معالجة الحي

قد تكون هناك ضرورة لاستعمال أعضاء الميت في علاج المريض ، وذلك كترقيع قرنية عين إنسان حي بقرينة ميت حديث الوفاة ، أو بانتزاع أى جزء آخر من ميت واستعماله في علاج مريض يخشى عليه الهلاك أو تلف عضو من أعضائه فهل يجوز ذلك لضرورة المرض أم لا ...؟

إعلم أن المراد بالميت هنا هو من فارقت روحه بدنه بانقطاعها عن بدنه انقطاعاً تاماً من توقف دقات قلبه المنزلة طبيعياً أو صناعياً واستكمال إمارته^(١) فهذه هي الوفاة التي تترتب عليها أحكام مفارقة الإنسان للعالم ، من انقطاع أحكام التكليف ، وخروج زوجته من عهده ، وماله لوارثه ، وتغيبه ، وتكفينه ، والصلاة عليه ودفنه . أما نصب « موت الدماغ ، أو جذع الدماغ » تحقيقاً لموته مع نبض قلبه ولو آلياً ، فهذا في الحقيقة ليس موتاً لكنه نذير وسير إلى الموت ، فما زال له حكم الأحياء حتى يتم انفصال الروح عن البدن .

أما من ناحية استعمال أعضاء الميت فقد حدث خلاف بين الفقهاء في ذلك شأنهم شأن أى موضوع مختلف فيه . ولكن قبل أن نتكلم عن هذه المسألة نبين حكم إذا اضطر الإنسان إلى أكل لحم الآدمي . فقد أجاز بعض العلماء إذا كان هذا الآدمي مباح الدم كالحرنى والمرتد أن يقتله الإنسان ويأكل منه قدر الضرورة . قال ابن قدامة في المغنى : « وإن كان مباح الدم كالحرنى والمرتد فذكر القاضى أن قتله وأكله لأن قتله مباح . وهكذا قال أصحاب الشافعى ، لأنه لا حرمة له فهو بمنزلة السباع ، وإن وجد ميتاً أبيح أكله ، لأن أكله مباح بعد قتله فكذلك بعد موته ، وإن وجد معصوماً ميتاً لم يبيح أكله في قول أصحابنا ، وقال الشافعى وبعض الحنفية يباح وهو أولى لأن حرمة الحي أعظم ، وقال أبو بكر بن داود : أباح الشافعى أكل لحوم الأنبياء ، واحتج أصحابنا بقول النبي ﷺ : « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » واختار (١) فقه النوازل . بكر بن عبد الله أبو زيد - المجلد الثانى ص ٤٤ الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩ هـ .

أبو الخطاب أن له أكله وقال : لا حجة في هذا الحديث ههنا . لأن الأكل من اللحم لا من العظم ، والمراد بالحديث التشبيه في أصل الحرمة ، لا في مقدارها ، بدليل اختلافهما في الضمان والقصاص ووجوب صيانة الحي بما لا يجب به صيانة الميت « (١) هذا هو نص كلام ابن قدامة الحنبلي في قتل غير معصوم الدم بقصد أكله أو الأكل من الميت معصوم الدم . أما فقهاء الشافعية فقد أباحوا الأكل من الميت إذا لم يجد غيره فقد ورد في معنى المحتاج : « وله أى للمضطر أكل آدمى ميت إذا لم يجد ميتة غيره .. لأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت ويستثنى من ذلك ما إذا كان الميت نبياً فإنه لا يجوز الأكل منه جزماً — كما قاله إبراهيم المروزي وأقره ، وما إذا كان الميت مسلماً والمضطر كافراً ، فإنه لا يجوز الأكل منه لشرف الإسلام بل لنا وجه أنه لا يجوز أكل الميت المسلم ولو كان المضطر مسلماً » (٢) .

وبالنظر وبدون الدخول في تفاصيل أكثر ، يتضح لنا أنه يجوز — في رأى البعض — الأكل من الإنسان الميت في حالة الضرورة وذلك إبقاء لحياة الإنسان الحي وذلك لأن حرمة الحي والابقاء عليه أعظم من حرمة الميت ، وعلى ذلك فإنه بناء على ذلك انقسم الفقهاء بالنسبة لمسألة انتفاع المضطر بأجزاء الآدمي في حالة الإضطرار إلى رأيين :

الرأى الأول : يرى الحنفية والمالكية — خلافاً لابن عبد السلام — والظاهرية ، عدم جواز الإنتفاع بأجزاء الميت ، منعاً من انتهاك حرمة الآدمي . ولقوله عليه السلام : « كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » .

الرأى الثانى : يرى جمهور الفقهاء — بعض الحنفية ، وبعض المالكية ، والشافعية والحنابلة والزيدية — جواز الإنتفاع بأجزاء ميتة الآدمي ، وقد عللوا ذلك بأن حرمة الآدمي الحي أعظم من حرمة الميت .

على أنه لا بد لنا من تصور الأحوال حتى يكون بإذن الله تعالى تنزيل الحقيقة الشرعية على الحقيقة الواقعية الطبيعية لكل مسألة بخصوصها . وهنا طرفان :

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلي ح ٨ ص ٦٠١ وما بعدها . مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد — بالرياض .

(٢) معنى المحتاج إلى معانى الفاظ النهاج للشريفي ح ٤ ص ٣٠٧ مطبعة مصطفى محمد بمصر .

ميت وحى . أما الميت المأخوذ منه : فنتصور الحال من حيث الإذن وعدمه ما يلي :

- ١ — ميت أذن قبل وفاته بانتزاع عضو منه لمعين أو غير معين .
- ٢ — ميت لم يعقب وارثاً .
- ٣ — ميت عقب وارثاً ولم يأذن الوارث .
- ٤ — ميت عقب ورثة فأذن البعض .
- ٥ — ميت عقب ورثة فأذن جميعهم .

أما الحى فلا تخلو مصلحته من مراتب المصالح الثلاث^(١) :

- ١ — إما أن تكون ضرورية تتوقف حياته إلى ذلك .
- ٢ — وإما أن تكون حاجية لا تتوقف حياته عليها .
- ٣ — وإما أن تكون تحسينية من باب الكماليات .

فإن كانت ضرورية ، والضرورية هنا مفسرة بما تتوقف حياته عليه كالقلب والكلى ، والرئتين ونحوها من أصول الانتفاع الضرورية ، فقد قالوا بالجواز ويتخرج الجواز — عند من قال به وهو الجمهور — لأمر كثيرة منها :

١ — بالموازنة بين المصالح والمفاسد ، والمنافع والمضار ، فإن مصلحة الحى برعاية إنقاذ حياته أعظم من مصلحة الميت بانتهاك حرمة بدنه وقد فارقت الروح وأذن به . ولهذا نظائر في فروع الفقه المتناثرة عند عدد من أهل العلم من تناول في حالة الاضطرار مثل : لبن المرأة الميتة ، وأكل لحم الآدمى وشق بطن المرأة الميتة الحامل إذا كان حملها ترجى حياته ، ونبش القبر لمصلحة حى ، وبقر بطن ميت ابتلع مال حى^(٢) إلى آخر ما تقدم من الفروع المترتبة أو المتفرعة على قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، أو يختار أهون الشرين أو أخف الضررين ، أو قاعدة إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما^(٣) . وقد تقدم كل ذلك بالشرح والتفصيل من قبل .

(١) فقه النوازل لبكر بن عبد الله أبو زيد ص ٤٤ وما بعدها .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٧ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٨٩ .

ب — وشرط إذن الميت أو إذن ورثته ، لأن رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع لا ينتهك إلا بإذنه ، فهو حق موروث كالحال في المطالبة من الوارث في حد قاذفه ، ولذا فإن الإذن هو إيثار منه أو من مالكة الوارث ، لرعاية حرمة الحى على رعاية حرمة بعد موته في حدود ما أذن به ، ولذا لزم شرط الإذن منه قبل موته ، أو من ورثته جميعهم ، أما من لا وارث له ، إذا مات ببلد الإسلام تحت ولاية سلطان مسلم ، يحكم الشرع ويقيم حدوده ، وينفذ أحكام الإسلام ، فالسلطان ولى من لا ولى له فهو مقام الوارث له .

الرأى الراجع :-

هذا والرأى الذى أميل إليه وأرجحه ، هو جواز الانتفاع بأجزاء الميت عند الضرورة ، سواء كان معصوماً أو غير معصوم ، وذلك بغرض إحياء النفس الأدمية ومدأ لأسباب البقاء لها . وبخاصة أن النفس الميتة ، إن لم ينتفع بها تحللت وصارت تراباً ، فإنقاذ نفس حية بشيء من نفس ميتة حفاظ على النفس وإحياء لها ، هو هدف مشروع ، ومصلحة مقررة شرعاً ، ومعتد بها فضلاً عن أن رعاية مصلحة الحى في امتداد حياته ، أولى من رعاية مصلحة الميت في عدم المساس بجسمه ، إذ جسمه إلى تحلل وإلى فناء^(١) ولكن لا يصار إلى ذلك إلا إذا تحققت شروط في هذا الموضوع وهذه الشروط هي :-

١ — تحقيق قيام الضرورة بطريق اليقين ، بأية دلالة يقوم بها اليقين كأخبار طبيب حاذق ، ولا يشترط كونه مسلماً ، وما ورد من شرط إسلامه عند البعض فهو قيد اتفاق .

٢ — تحقيق انحصار التداوى به ، لعدم وجود بديل له يقوم مقامه ويؤدى وظيفته بكفاءة .

٣ — أن تكون العملية بواسطة طبيب ماهر متعلم حاذق .

٤ — غلبة الظن على نجاحها في المضطر المنقول إليه .

٥ — أن يكون ذلك بقصد الضرورة وعدم تجاوز القدر المضطر إليه .

(١) د . حسن على الشاذلى . في حكم نقل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامى ص ٥٤ .

٦ - توفر متطلبات العملية التي بلغها الطب ، وإلا كان الطيب مفرطاً فيحمل جزاء تفریطه .

٧ - أن يكون المضطر معصوم الدم ، وذلك لأنه لو كان مستحق القتل شرعاً ، كان دمه غير معصوم ، وحياته إلى زوال بتنفيذ حكم الشرع فيه ، ومن ثم فلا يجوز شرعاً العمل على مد أسباب حياته .

٨ - أن يكون هناك إذن بالانتفاع بأجزاء الميت، وهذا الإذن، يمكن أن يكون صادراً من الميت قبل موته ، باعتبار أن له ولاية على نفسه ، أو صادراً من ورثته بعد موته ، وهم من لهم الحق في ميراث تركته شرعاً .

٩ - ألا توجد ميتة أخرى غير ميتة الآدمي . فإذا وجدت ميتة أخرى لا يحل الانتفاع بميتة الآدمي .

هذا وقد أقر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية في الفترة ما بين ١٨ إلى ٢٣ جمادى الآخرة سنة ١٤٠٨ هـ الموافق ٦ / ١١ / ١٩٨٨ فيبعد أن اطلع على الأبحاث الفقهية والطبية الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع : « انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً أو ميتاً » أقر الموضوع الذي نحن بصددده وهو « استعمال أعضاء الميت في معالجة الحى » في حالة الضرورة^(١) .

(١) راجع مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد الثالث - السنة الأولى من ربيع الآخر إلى جمادى الآخرة سنة ١٤١٠ هـ ، نوفمبر - ديسمبر - يناير سنة ١٩٩٠ ص ٢٢٠ .

المبحث الرابع

في

الاضطرار إلى اتلاف النفس

وفيه ثلاث مطالب

- المطلب الأول : حكم الإجهاض وإباحته للضرورة .
- المطلب الثاني : قتل الصائل في حالة الدفاع الشرعي .
- المطلب الثالث : حكم تترس العدو بالمسلمين في الجهاد .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المطلب الأول

في

حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية وإباحته للضرورة

تعريف الإجهاض :-

الإجهاض في اللغة مصدر أجھض ، وأجهضت المرأة ولدها أسقطته ناقص الخلق (١) .

وفي الحديث فأجهضت جنيناً أى أسقطت حملها ، وجاء الإجهاض بمعنى الإزلاق ، والجهيـض السقيـط ، ومن معانيه أيضاً الإزالة والطرح والإلقاء والإملاص (٢) ومعناه عند الفقهاء لا يخرج عن المعنى اللغوي ، ولكنهم يعبرون عنه في أكثر الأحيان بالإسقاط والطرح والإلقاء والإملاص (٣) .

والإجهاض عند الأطباء هو : « إنتهاء الحمل قبل حيوية الجنين » وتقدر حيوية الجنين بثمانية وعشرين أسبوعاً ، وهى تساوى سبعة أشهر يكون فيها الجنين مكتمل الأعضاء وله القدرة على الحياة ، وفي الطب الشرعى الإجهاض : « يعنى طرد مكونات الرحم الحامل فى أى وقت قبل نهاية تسعة أشهر » (٤) . هذا ويقتصر هذا المطلب فى موضوعه على إسقاط الجنين بفعل أمه ، أو بفعل غيرها بناء على طلبها أو رضاها . وهدفنا بيان الحكم الشرعى لهذا التصرف فى حالة الاختيار تم بيان حالة الضرورة متى دعت ذلك — علماً بأنه لم يرد فى حكم الإجهاض نص مباشر فى دلالته ، لا آية ولا حديث ، والذى ورد فى كتاب الله عز وجل هو تحريم قتل النفس بغير حق والتشنيع على ذلك ، واعتباره من موجبات الخلود فى نار جهنم ، فقال عز وجل : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه . ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً » (٥) كما ورد فى القرآن العظيم بيان مراحل خلق الإنسان ، وأن

(١) المصباح المنير للفيومي مادة حـ هـ ض .

(٢) لسان العرب لابن منظور حـ ٧ ص ١٣١ وما بعدها .

(٣) الموسوعة الفقهية — تصدر عن وزارة الأوقاف — بالكويت الطبعة الأولى سنة ١٩٨٢ حـ ٢

ص ٥٦ .

(٤) كتاب الطب الشرعى للدكتور على عبد النبى — ص ١٧٧ الطبعة الأولى .

(٥) الآية رقم ٩٣ سورة النساء .

الروح هي أساس تكوينه ، وأنها تجلوهما في الجسد تكسبه الهوية الآدمية .
وبرحيلها عنه — عندما يحين الأجل — يفقد حياته الإنسانية في هذه الدنيا
كذلك ورد عن المصطفى ﷺ ، بيان مراحل خلق الإنسان في بطن أمه ،
وتحديد آماذ هذه المراحل ، والوقت الذى ينفخ فيه الروح في جسد ابن آدم ،
وذلك في أحاديث تعتبر من أصح الأحاديث متناً وسنداً ، وفي مقدمتها الحديث
الذى رواه البخارى ومسلم عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : حدثنا
رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق أن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه
أربعين يوماً نطفة ثم يكون علقه مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم
يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات ، بكتب رزقه وأجله
وعمله وشقى أم سعيد ... الحديث (١) وروى مسلم أيضاً عن حذيفة بن
أسيد الغفارى ، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا مر بالنطفة
اثنان وأربعون يوماً بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها
ولحمها وعظمها ، ثم يقول أى رب ذكر أم أنثى » . الحديث (٢) .

مذاهب وآراء الفقهاء في الإجهاض —

ولكى يظهر حكم الشريعة في الإجهاض ، فلا بد من التعرض لآراء الفقهاء
في مسألة الإجهاض ومدى اختلافهم أو اتفاقهم مع ترجيح الرأى المختار .

مذهب الحنفية :

جاء في حاشية ابن عابدين نقلاً عن صاحب النهر قال : « هل يباح
الإسقاط بعد الحمل ؟ . نعم يباح ما لم يتخلق منه شيء ولن يكون ذلك إلا بعد
مائة وعشرين يوماً » ؛ قال صاحب الحاشية : « وهذا يقتضى أنهم أرادوا
بالتخلق نفخ الروح وإلا فهو غلط لأن التخلق يحق بالمشاهدة قبل هذه
المدة » (٣) . وجاء في الإختيار : « لو أن امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم
ما لم يستين شيء من خلقه » والكراهة في اصطلاح الحنفية تطلق على كراهة
التحريم . وبالنظر إلى تلك النصوص ، نجد أن الحنفية اتفقوا على حرمة

(١) أخرجه مسلم عن عبد الله بن مسعود في كتاب القدر . صحيح مسلم ح ١٦ ص ١٩٠ .

(٢) المرجع السابق ح ١٦ ص ١٩١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ح ٢ ص ٥٢١ .

الإجهاض بعد نفخ الروح . ولكنهم اختلفوا في مرحلة قبل نفخ الروح ، فمنهم من ذهب إلى تحريمه أيضاً ، فقد نقل عن ابن عابدين قوله : « عن بعض فقهاء المذهب : أنهم يرون تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح ؛ لأن الجنين في هذه المرحلة أصل للآدمي الذي سيكون بعدها بمشيئة الله تعالى ، كالمحرم لا يحل له أن يكسر بيض الصيد ، فإن فعل ذلك وجب عليه الجزاء ، إذ البيض أصل الصيد ، فكذلك من أتلّف أصل الآدمي ، قال هؤلاء : فلا أقل من أن يلحق الأم التي تجهض الجنين قبل نفخ الروح شيء من الإثم ، ولكنه ليس مثل ذلك الإثم الذي يترتب على قتل الجنين الذي نفخ فيه الروح »^(١) . وذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الإجهاض قبل نفخ الروح جائز مع الكراهة ؛ لأن الماء بعد ما وقع في الرحم مآله الحياة ... »^(٢) .

مذهب المالكية :

وهم أكثر الفقهاء تشدد في الإجهاض ، وهم يلتفتون في ذلك مع الظاهرية ، وبعض الشافعية والظاهرية وابن الجوزي وصاحب الخانية ، والمعتمد عندهم هو حرمة الإسقاط ولو لم يمر من الحمل أربعين يوماً ، بل يكفي لسريان حكم التحريم أن تستقر النطفة في الرحم ولقد جاء في حاشية الدسوقي : « لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوم وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً ... »^(٣) وقال الشيخ عليش : « إذا أمسك الرحم المنى فلا يجوز للزوجين ولا لأحدهما التسبب في إسقاطه قبل التخلق على المشهور ولا بعده اتفاقاً »^(٤) ونقل عن صاحب المعيار قوله : « إن المنصوص لأئمتنا رضوان الله عليهم المنع من استعمال ما يبرد الرحم أو يستخرج ما هو داخل الرحم من المنى »^(٥) ونقل عن ابن العري قوله : « للولد ثلاث أحوال : حالة قبل الوجود ينقطع فيها بالعزل وهو جائز .. وحالة بعد قبض الرحم على المنى ، فلا يجوز لأحد عندئذ التعرض له بالقطع من التولد ، كما يفعله سفله التجار من سقى الخدم عند استمسك الرحم الأذوية

(١) حاشية ابن عابدين ح ٦ ص ٥٩١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ح ٢ ص ٢٧١ .

(٤) فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش ح ١ ص ٣٩٩ طبعة الحلبي سنة ١٩٥٨ م .

(٥) المرجع السابق .

التي ترخيها ، فيسيل المنى منه ، فتقطع الولادة . والحالة الثالثة : بعد انخلاقه قبل أن ينفخ فيه الروح ، وهو أشد من الأولين في المنع والتحرير . أما إذا نفخ فيه الروح فهو قتل النفس بلا خلاف ... » (١) .

وخلاصة مذهب المالكية : أنهم مجمعون على تحريم الإجهاض إذا كان بعد الأربعين وأما قبل الأربعين ، فيرى جمهورهم التحريم ، وبعضهم يرى الكراهة واللحمة يرى الإباحة ، ورأى بعضهم الرخصة فيه قبل نفخ الروح إذا كان الجنين من الزنا .

مذهب الشافعية :

اختلف فقهاء المذهب الشافعي في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح ، رأى يرى أن الإجهاض جائز مادام الجنين لم ينفخ فيه الروح فقال الشيخ قليوبى : « نعم يجوز القاؤه ولو بدواء قبل نفخ الروح فيه خلافاً للغزالي » (٢) وقال الرملى في نهاية المحتاج بعد أن أورد رأى الغزالي وعبارته في تحريم الإجهاض : « والراجح تحريمه بعد نفخ الروح مطلقاً وجوازه قبله ... » (٣) . وخلاصة القول : أن الشافعية اتفقوا على حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح ، واختلفوا فيه قبل النفخ ، فذهب بعضهم إلى جوازه قبل التخلق ، وذهب البعض الآخر إلى حرمة منذ لحظة العلق في الرحم ، وعلى رأس هؤلاء الإمام الغزالي الذى يقول في الإحياء : « وله مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة ، وإفساد ذلك جنائية ، فإن صارت علقة ومضغة كانت الجناية أفحش ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حياً » (٤) .

مذهب الحنابلة :

لقد اتفق الحنابلة على حرمة إسقاط الحمل بعد نفخ الروح ، ولكنهم

(١) حاشية الرهونى على شرح الزرقانى لمحمد بن أحمد الرهونى ح ٣ ص ٢٦٤ الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦ هـ بولاق .

(٢) حاشية قليوبى على شرح المحلى على المنهاج ح ٣ ص ١٥٩ ، ص ١٦٠ أصبح المطابع بمبنى الدار السلفية .

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لابن شهاب الرملى ح ٨ ص ٤١٦ نشر المكتبة السلفية .

(٤) إحياء علوم الدين للغزالي ح ٢ ص ٤٧ .

اختلفوا في الحكم قبل النفخ . فأفتى بعضهم بجوازه قبل الأربعين وبعضهم أفتى بجوازه بعد الأربعين . فقد جاء في منتهى الإيرادات : « ولرجل شرب مباح بمنع الحمل ولأنثى شربه لقاء نطفة وحصول حيض ... » (١) وذهب ابن الجوزى إلى تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح في جميع مراحل الجنين ، هكذا نقل عنه المرادوى « (٢) .

مذهب الظاهرية :

قال ابن حزم : « المرأة تتعمد إسقاط ولدها إن كان لم ينفخ فيه الروح ، فالغرة على عاقبتها والكفارة عليها ، وإن تعمدت قتله فالقود عليها أو المفاداة في مالها .. » (٣) وإن كان هذا النص يفيد الحكم القضائي في حالة الإسقاط إلا أنه يفيد حرمة الفعل بطريق الأولى ، إذ لو كان جائزاً عنده ، لما أوجب عليه الكفاره أو المفاداة في مالها .

نرى من كل ما تقدم أن الفقهاء اتفقوا قاطبة ، على تحريم إسقاط الجنين بعد مرور أربعة أشهر على تكونه في بطن أمه ؛ حيث ينفخ فيه الروح ، كما أخير بذلك المصطفى ﷺ في حديث ابن مسعود المتقدم ذكره ، والجنين إذا نفخ فيه الروح صار نفساً آدمية ، والآدمي لا يحل قتله بغير سبب شرعي ، والأسباب الشرعية لإهدار حق الحياة ، لا يتناول شيء منها الجنين ، فلا يتصور قيام أى سبب يقتضى إباحة الإجهاض في هذه المرحلة ... (٤) .

ومع ذلك فقد أجاز هؤلاء الفقهاء الإجهاض إذا كانت هناك ضرورة وخطورة على صحة الأم ، لأن الدين الإسلامي لا يسد الطريق أمام ذوى الأعذار والضرورات ، فإن قاعدة رفع الحرج وإزالة الضرر من الأسس الثابتة في التشريع الإسلامي ، فإذا كانت هنالك ضرورة صحية تستدعى الإجهاض ، فإن الشارع الحكيم لا يمانع في ذلك بشر أن تكون الضرورة موزونة بميزان

(١) منتهى الإيرادات لابن النجار ح ٢ ص ٤٩ .

(٢) الإنصاف للمرادوى ح ١ ص ٣٨٦ الطبعة الثانية سنة ١٩٨٠ م .

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ح ١١ ص ١٩ تحقيق الشيخ شاكر .

(٤) حاشية ابن عابدين ح ١ ص ٦٠٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ح ٢ ص ٢٦٧ ، نهاية المحتاج ح ٨ ص ٤١٦ ، الانصاف ح ١ ص ٣٨٦ ، المحلى ح ١١ ص ١٩ ، وما بعدها .

الشرع^(١) ولا تكون الضرورة مشروعة إلا إذا تحققت فيها العناصر الآتية :

١ - أن تكون أسباب الضرورة قائمة لا متوقعة ، أى أن تكون المخاوف مستندة إلى دلائل واقعة بالفعل .

٢ - أن تكون نتائج هذه الدلائل القائمة بالفعل نتائج يقينية ، أو غالبية على الظن بموجب أدلة علمية لا اعتماداً على إلهام أو تخمين .

٣ - أن تكون المصلحة المستفادة من إباحة المحظور بسبب هذه الضرورة ، أعظم أهمية في ميزان الشرع من المصلحة المستفادة من تجنب المحظور وإهمال أسباب الضرورة . وتعبير آخر بمعنى : « أن تكون المفسدة المترتبة على تجنب المحظور أعظم من المفسدة المترتبة على إرتكابه »^(٢) .

وبما أن الإجهاض نوع من القتل ، وجريمة محرمة في نظر الشارع ، فيجب على الذين تضطروهم الظروف لممارسته ، مراعاة الإلتزام بمحدود الله ، فإن الطبيب الذى يمارس عملية الإجهاض ، قد فوضت إليه الشريعة الحكم على الناحية الصحية من منطلق تجربته العلمية والعملية : ولكى يقوم بهذه المهمة لا بد أن يكون مسلماً مؤمناً ثقة ملماً بتفاصيل الشريعة فى هذه المسائل حتى لا يقع فى الخطأ . كذلك والمرأة التى تجهض نفسها يجب أن تضع فى اعتبارها ، أن الإجهاض جريمة مهما كان الدافع لها وأن تتقى الله فى هذا الجنين الضعيف ، الذى أوصت به الشريعة ، وشرعت له من التوجيهات ما يحفظه ويرعاه ، منذ أن يكون ماء فى الرحم إلى أن يصير رجلاً مسؤولاً . كما أنه يجب عليها ألا تقدم على الإجهاض فى السر دون علم زوجها ، لأنها بذلك ترتكب جريمتين ، جريمة قتل هذه النفس البريئة ، وجريمة حرمان الزوج من حقه فى الولد ، وكثيراً ما تحدث مثل هذه الحالة عندما تكون الزوجة فى شقاق مع زوجها^(٣) .

فإنها تتخلص مما فى بطنها انتقاماً من الأب ناسيةً مسئوليتها أمام الله تعالى ويجب على المرأة أيضاً ، ألا تتحايل لاصطناع الرخص للتخلص من الحمل ، إلا إذا ألت بها ضرورة صحية . وأنه إذا ألت بالمرأة ضرورة دفعتها إلى الإجهاض فليس معنى هذا أن ينقلب الإجهاض حلالاً ، وإنما هى حالة اضطرار لإنقاذ

(١) أم كلثوم يحيى مصطفى الخطيب فى قضية تحديد النسل فى الشريعة الإسلامية ص ١٦٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦ ، أشباه السيوطى ص ٧٥ ، المستصطفى ص ٢ ص ٣٨١ .

(٣) أم كلثوم يحيى مصطفى الخطيب - المرجع السابق ص ١٦٨ . الدار السعودية للنشر والتوزيع .

صحة الأم ، فقد تفاجأ الحامل بخطورة في ساعات الوضع بعد أن يكتمل الجنين ، بحيث تنشأ عنها حالة يتعين منها لأطباء موثوقين ، أن المعالجة لن تشر إلا حياة واحدة ، حياة الأم أو حياة الجنين ، وبالطبع فإن هذه الصورة لا ترجع إلى قاعدة الضرورات بقدر ما ترجع إلى قاعدة : « التعارض والترجيح » . وفي ذلك يقول الإمام الغزالي : « وأما إذا تعارض الموجب والحرم فيتولد التخيير المطلق كالولوى إذا لم يجد من اللبن إلا ما يسد رمق أحد رضيعيه ولو قسم عليهما أو منعهما لماتا ، ولو أطعم أحدهما مات الآخر ، فإذا أشرنا إلى رضيع معين ، كان إطعامه واجباً لأن فيه إحياءه ، وحرماً لأن فيه هلاك غيره فنقول : هو مخير بين أن يطعم هذا فيهلك ذلك أو ذلك فيهلك هذا ، فلا سبيل إلا التخيير ... » (١) .

ويقول العز بن عبد السلام : « إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقديم والتأخير للتنازع بين المتساوين » (٢) .

فالأطباء في هذه الحالة أصبحوا محاصرين بين أمرين كل منهما واجب لذاته وهو الإيقاظ ، وحرام لغيره وهو استئزام هلاك الآخر . وكلا الواجب والحرام في مرتبة واحدة من الأهمية ، فليس أمامهم إلا التخيير كما قال العلماء . وعند حالة التعارض هذه ترجح مصلحة الأم في العادة ، ليس لأن حياة الجنين أقل من حياتها ، ولكن لأنها هي الأصل ، ولأن الطفل بعد موت أمه تكون حياته معرضه للخطر . لذلك جرت العادة أن تنقذ الأم ويضحى بالجنين من باب الضرورات تبيح المحظورات .

وأود أن أوضح للقارئ أنني أطلت قليلاً في هذا المطلب الخاص بالإجهاض حيث إن ذلك يكثر جداً في هذا الأيام ولأتفه الأسباب وبدون ميرر . مثال ذلك المحافظة على الرشاقة والهندام في بداية حياتها ، أو لكونها موظفة وربة بيت أو لأنها تبغض زوجها وتريد أن تتخلص منه . كل ذلك لا يعتبر ميرراً للإجهاض الذي هو بمثابة القتل .

(١) المستصفي للغزالي ح ٢ ص ٣٨٦ .

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ح ١ ص ٨٨ وما بعدها .

المطلب الثاني

في

قتل الصائل في حالة الدفاع الشرعي

تعريف الصائل :-

الصائل هو من يعتدى على نفس الغير أو عرضه أو ماله ، فيجوز للمعتدى عليه ويسميه الفقهاء « الموصول عليه » أن يدفع هذا الإعتداء بما يندفع ولو يقتله ، إذا تعين القتل طريقاً لدفع اعتدائه . لأن المعتدى عليه يعتبر في حالة دفاع شرعي وفي حالة ضرورة لدفع هذا الإعتداء بنفسه لا بواسطة السلطة العامة . ويسمى كذلك بالدفاع الخاص وهو : « رد الصائل على النفس أو على العرض أو على أموال حتى ولو أدى ذلك إلى قتل الصائل » . لأنه مارس اعتداء على حق غيره في الحياة أو في التملك أو في صون عرضه وكرامته . ويسميه البعض « الدفاع الشرعي الخاص في الشريعة الإسلامية » وهو : واجب الإنسان في حماية نفسه أو نفس غيره ، وحقه في حماية ماله أو مال غيره ، أو في حماية عرضه أو عرض غيره ، من كل اعتداء حال غير مشروع بالقوة اللازمة لدفع هذا الإعتداء^(١) .

والأصل في ذلك قوله تعالى : « ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل »^(٢) .

التكليف الشرعي لدفع الصائل :

لا خلاف بين الفقهاء في أن دفع الصائل شرع ليحمي الإنسان نفسه أو غيره من الإعتداء على النفس والعرض والمال ، ولكنهم اختلفوا في التكليف الشرعي لدفع الصائل من وجهين :-

أولهما : ماهية الدفاع وهل هو واجب على المدافع فليس له أن يتخلى عنه كلما كان ذلك في مقدوره ، أم حق للمدافع فله أن يدفع الاعتداء أم لا ؟ .

اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل واجب على المدافع في حالة الإعتداء على

(١) أفرحوم عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية ح ١ ص ٤٧٣ .

(٢) الآية ٤١ سورة الشورى .

العرض ، فإذا أراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك ؛ لأن التمكين منها محرم ، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدى ، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزنى بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل ، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكن ذلك^(١) . أما الدفاع عن النفس فقد اختلف فيه الفقهاء ، فظاهر مذهب أبي حنيفة يتفق مع الرأي الغالب في مذهبي مالك والشافعي على أن دفع الصائل عن النفس واجب^(٢) ، والرأي المرجوح في مذهبي مالك والشافعي يتفق مع الرأي الراجح في مذهب أحمد على أن دفع الصائل عن النفس جائز وليس واجب^(٣) ، أما الدفع عن المال فأغلب الفقهاء يرونه جائزاً لا واجباً ، فللمعتدى عليه أن يدفع الصائل إن شاء وأن لا يدفعه .

ثانياً : صيال الصبي والمجنون والحيوان :

يرى مالك والشافعي وأحمد أن الإنسان إذا صال عليه صبي أو مجنون أو حيوان يكون في حالة دفاع عن نفسه ، فإذا قتل الصبي أو المجنون أو الحيوان ولم يكن في وسعه أن يحمي نفسه من الصيال إلا بالقتل ، فلا مسئولية عليه من الناحية الجنائية أو المدنية ، لأنه كان يؤدي واجبه في دفع الصائل عن نفسه^(٤) ولكن أبا حنيفة وأصحابه — عدا أبا يوسف — يرون أن يكون المصول عليه مسئولاً مديناً عن دية الصبي والمجنون وقيمة الحيوان ، وحثهم في ذلك أن الدفاع شرع للدفع الجرائم . وعمل الصبي والمجنون لا يعتبر جريمة وكذلك فعل الحيوان الأعجم ، ومن ثم فلا وجود للدفع في حالة صيال الصبي والمجنون والحيوان ، ولكن للمعتدى عليه في هذه الحالة الحق في قتل الصائل أو جرحه أو إيذائه على أساس الضرورة الملجئة ، والقاعدة أن الضرورة الملجئة لا تعفى من الضمان وإن أعفت من العقاب . أما أبو يوسف فيقرر بأن المصول عليه يكون في حالة دفاع إذا صال عليه صبي أو مجنون ، وفي حالة ضرورة ملجئة إذا صال عليه حيوان^(٥) .

(١) عبد القادر عودة المرجع السابق - ج ١ ص ٤٧٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين - ج ٥ ص ٤٨١ ، مواهب الجليل للحطاب - ج ٦ ص ٣٢٣ .

(٣) المفتي لابن قدامة الخليل - ج ٨ ص ٣٣٠ مطبوعات إدارة البحوث والإفتاء بالرياض .

(٤) مواهب الجليل للحطاب - ج ٦ ص ٣٢٣ ، الأم للشافعي - ج ٦ ص ١٧٦ .

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ج ٨ ص ٣٠٢ .

السند الشرعى لدفع الصائل :

أما السند الشرعى للدفاع فمن الكتاب والسنة . أما الكتاب فقد قال المولى تبارك وتعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم .. » (١) وأما السنة فقد وردت أحاديث كثيرة نذكر منها : ما رواه الإمام مسلم فى صحيحه عن عمران بن حصين رضى الله عنهما : أن رجلاً عض يد رجل ، فانتزع يده فسقطت نتيته أو ثنياه ، فاستعدى (٢) رسول الله ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : « ما تأمرنى ؟ تأمرنى أن آمره أن يدع يده فى فىك تقضمها كما يقضم الفحل ؟ . إدفع يدك حتى يعضها ثم انتزعها (٣) فليس المراد بهذا أمره بدفع يده ليعضها ، وإنما معناه الإنكار عليه ، أى أنك لا تدع يدك فى فيه يعضها فكيف تنكر عليه أن ينتزع يده من فىك ، وتطالبه بما جنى فى جذبته لذلك ، وزاد مسلم فى رواية : « فأبطله » وفى أخرى : فقال « لا دية له » (٤) .

وكذلك روى عن يعلى بن أمية قال : كان لى أجبر فقاتل إنساناً ، فعض أحدهما صاحبه ، فانتزع إصبعه فأنذر نتيته فسقطت ، فانطلق إلى النبى ﷺ فأهدر نتيته . وقال : أيدع يده فى فىك تقضمها كما يقضم الفحل » رواه الجماعة إلا الترمذى (٥) فالحديثان يدلان على أن الجناية إذا وقعت على الجنى عليه ، بسبب منه كالقصة المشهورة وما شابهها ، فلا قصاص ولا أورش وإليه ذهب الجمهور .

أنواع الدفاع الشرعى

الفرع الأول : فى الدفاع عن النفس :

تحدث الفقهاء عن الدفاع عن النفس تحت اسم دفع الصائل ، والصائل هو المعتدى ، ويسمى المعتدى عليه « مصولاً عليه » .

- (١) آية رقم ١٩٤ سورة البقرة .
- (٢) الاستعداد طلب التقوية والنصرة .
- (٣) رواه مسلم عن عمران بن حصين . مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذرى . تحقيق محمد الألبانى ص ٢٧٢ .
- (٤) المرجع السابق هامش رقم (٦) .
- (٥) نيل الأوطار للشوكانى ح ٧ ص ٢٤ .

والمقصود بالنفس هنا نفس المعتدى عليه ، ودفع الاعتداء يتصور من المعتدى عليه كما يتصور من غيره ، وهذا يعني المساواة في الحكم بين من يدفع عن نفسه ، ومن يدفع عن غيره ، بل إن بعض الفقهاء قدموا الدفع عن الغير على الدفع عن النفس من باب قوله تعالى : « ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصائصه » (١) غير أن القائلين بهذا الرأي شرطوا أمن المدافع على نفسه ، فإذا خاف من المعتدى على نفسه لم يجب على الدفع عن نفس غيره في هذه الحالة . وقد يفهم من هذا وجوب الدفاع عن النفس مادام قد وجب بالنسبة لنفس الغير ، بل أن الوجوب عن النفس حيثئذ يكون من باب أولى ، وهذا ما أخذ به الحنفية وجمهور الشافعية والمالكية ، إلا أن الشافعية — في قول عندهم — يجيزون الإستسلام للصائل إذا كان مسلماً ولا يوجبون دفعه ، أما إذا لم يكن مسلماً فدفعه واجب محتوم (٢) ويميل الحنابلة إلى عدم إيجاب الدفاع عن النفس ويعطونه حكم الجواز ، وفي ذلك يقول ابن تيمية : « ومعلوم أن الإنسان إذا صال صائل على نفسه جاز له الدفع بالسنة والإجماع وإنما تنازعوا هل يجب عليه الدفع بالقتال على قولين هما روايتان عن أحمد » (٣) أما الحنفية وجمهور الشافعية والمالكية ، فقد أوجبوا الدفع ولو أدى إلى قتل الصائل . ولم يذكروا غير الوجوب ولم يحدث خلاف بين فقهاء المذهب الحنفى وقد عللوا ذلك بأن الصائل باغ والله تعالى أمر بقتال الفئة الباغية فقد قال الإمام الجصاص وهو من علماء الحنفية : « وإن الواجب على من قصده إنسان بالقتل أن عليه قتله إذا أمكنه وإن لم يسعه قتله ترك ذلك مع الإمكان — قال تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغى حتى تبنى حتى تفىء إلى أمر الله » (٤) فقد أمر الله تبارك وتعالى قتال الفئة الباغية . ولا بغى أشد من قصد إنسان بالقتل بغير استحقاق » (٥) .

(١) من الآية ٩ سورة الحشر .

(٢) الأم لمحمد بن إدريس الشافعى ح ٦ ص ١٧٢ .

(٣) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ح ٤ ص ٥٥٩ .

(٤) الآية ٩ سورة الحجرات .

(٥) أحكام القرآن للإمام أبى بكر أحمد بن على الرازى المشهور بالجصاص ح ٢ ص ٤٠١ .

الفرع الثاني : في الدفاع عن العرض :

تلاقى الأئمة في الفقه الإسلامي على إيجاب الدفاع عن العرض ، ويستوى في ذلك أن يكون المعتدى على عرضه هو المدافع أو أن يكون هو المدفوع عنه ، بمعنى آخر فإن وجوب الدفاع عن العرض ليس قائماً على المعتدى عليه فقط ، وإنما الوجوب قائم على كل مسلم يشاهد الاعتداء ويمكنه رده . وقد وقعت حادثة على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، تقدم الدليل القاطع على هذا الحكم ، فقد روى أن رجلاً دخل على عمر وهو يتغذى ، وكان يحمل في يده سيفاً ملطخاً بالدماء ، ودخل وراءه قوم يعدون خلفه ، وقالوا : يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا « أي قريينا » ، فالتفت إليه عمر مستفسراً وقال له : ما يقولون ؟ فقال : يا أمير المؤمنين : إني ضربت فخذي امرأتى فإن كان بينهما رجل فقد قتلته ، فالتفت عمر إلى القوم يسألهم : ما يقول ؟ قالوا يا أمير المؤمنين : انه ضرب بالسيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة ، فنهض عمر ، وأخذ بسيف الرجل وهزه ، ثم أعطاه له ثانية ، وقال له : « إن عادوا فعد »^(١) والأمر في لفظ « فعد » يشعر بوجوب الدفع عن العرض ، ومما يصلح شاهداً لذلك أيضاً ما روى عن الزبير بن العوام أنه تخلف مرة عن الجيش وكانت معه جارية له ، فمر به رجلان وقالوا له : أعطنا شيئاً مما معك ، فأعطاهما بعض الطعام ، ولكنهما عادا وقالوا له : خل عن الجارية ، فأسرع إليهما بسيفه وقطعهما بضربة واحدة ، ولم ينكر عليه أحد ذلك^(٢) وهناك حادثة أخرى وقعت أيضاً عن عهد عمر بن الخطاب وتفيد إهدار دم المعتدى على العرض ، فقد قيل أن جماعة من هذيل نزلوا ضيوفاً على رجل وكانت معهم امرأة ، فأرادها الرجل لنفسه ، فامتعت ، فلما هم بغصبتها رمته بحجر فقتلته ، ولما عرضت القضية على عمر أهدر دمه ومنع ديتة قائلاً : « والله لا يودي أبداً »^(٣) .

نخلص من ذلك إلى أن دفع الصائل على العرض واجب ، حتى ولو كان دفعه بالقتل . فإذا أراد رجل الزنا بإمرأة ولم تستطع دفعه عن نفسها إلا بالقتل

(١) زاد المعاد في هدى خير العباد لابن قيم الجوزية ح ٤ ص ١١١ طبعة المطبعة المصرية .

(٢) المغني لابن قدامة الخليل ح ٨ ص ٣٣١ .

(٣) المرجع السابق .

وجب عليها قتله إن أمكنها ذلك ، لأن التمكين منها محرم ، وترك الدفع تمكين لهذا المحرم فلا يجوز . وكذلك يجب على من يرى غيره يريد الزنا بإمرأة ولم يستطع دفعه إلا بالقتل فله أن يقتله (١) . وقال الإمام ابن تيمية : أن للزوج أن يقتل من أراد الزنا بزوجه وإن أمكن دفعه بدون القتل ، فقال رحمه الله : « ولهذا يجوز — أى للزوج — قتله أى قتل من أراد الزنا بزوجه ، دفعاً عنها باتفاق العلماء إذا لم يندفع إلا بالقتل بالإتفاق ، ويجوز في أظهر القولين قتله وإن اندفع بدونه ... » (٢) .

الفرع الثالث : الدفاع عن المال :

يميل أكثر الفقهاء إلى أن دفع المعتدى على المال جائز وليس واجباً ، وهذا خلاف ما قالوه عن النفس والعرض ، حيث جعلوا كل منهما واجباً ، ويبدو أن الفرق بين النفس والمال في هذا المجال ، أن الإنسان يمكنه أن يبيع لغيره ماله أو جزءاً منه ، لكنه ممنوع من إباحة نفسه أو جزء منها للغير وكذلك العرض . ويعبر الفقهاء عن الدفع عن المال بقولهم : أنه حق لا واجب . فيجوز للمصول عليه أن لا يدفع الصائل ، ويتركه يأخذ ماله أو يعطيه هو المال ولا يقاتله (٣) . كما يجوز له أن يدفعه ولو بالقتل (٤) وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما . أن لصاً دخل داره فقام إليه بالسيف ، فلولا أنهم ردوه عنه لضربه بالسيف (٥) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الدفاع عن المال واجب ، ويستندون إلى ما رواه الإمام مسلم عن أنى هريرة رضى الله عنه ، أنه قال : جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله : أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالى ؟ قال : فلا « تعطه » ، قال : أرأيت إن قاتلنى ؟ قال : « قاتله » ، قال : أرأيت إن قاتلنى ؟ قال : « فأنت شهيد » ، قال : أرأيت إن قتلته ؟ قال : « هو فى النار » (٦) . وكذلك وردت عدة روايات تؤكد هذا المعنى . فقد ورد عن عبد الله بن عمر وقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من قاتل دون ماله فقتل

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ح ٨ ص ٢٢ ، والمغنى المرجع السابق .

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ح ١٥ ص ١٢٢ .

(٣) فتاوى ابن تيمية ح ٢ ص ٢٠٢ .

(٤) اختيارات ابن تيمية ح ٢ ص ٢٠٢ ، المغنى لابن قدامة ح ٨ ص ٢٣١ .

(٥) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ح ٤ ص ١٨٨ .

(٦) رواه مسلم عن أنى هريرة . مختصر صحيح مسلم تحقيق محمد ناصر الألبانى ص ٢٨٨ .

فهو شهيد»^(١) وكذلك ما رواه النسائي عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال : من قاتل دون ماله فقتل فهو شهيد ، ومن قاتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قاتل دون أهله فهو شهيد»^(٢) .

وسواء أخذنا برأى من قال أن دفع المعتدى على المال جائز ، أو أخذنا برأى من قال بالوجوب ، فإن هناك أمرين لا يختلف عليهما الفقهاء وهما :

إهدار دم المعتدى إذا قتله المصول عليه ، وشهادة المصول عليه إذا قتله الصائل لقول المصطفى ﷺ : « من قتل دون ماله فهو شهيد » وإهدار دم الصائل معناه سقوط القصاص عن قاتله ، وعدم وجوب الدية أو الكفارة عليه ، لأن المسؤولية الشرعية ملحقة بالإثم والذنب ، وهنا لم يرتكب المصول عليه ذنباً ولا إثماً ، وإنما قام بدفع المعتدى على ماله ، ولم يمكنه منه ، ولو كان الأمر على غير ذلك لاستبيحت الأموال وسهل الأمر على الأشرار .

الرأى الراجح :

والرأى الذى نرجحه ونميل إليه ، هو الرأى القائل بوجوب دفع الصائل سواء كان على النفس أو العرض أو المال — أو نفس أو عرض أو مال الغير — وذلك لقوة الأدلة سواء من الكتاب أو السنة أو اجماع الأمة ، وحتى يكون دم الصائل مستباحاً ولا يترتب عليه قصاص ولا داية فإنه يلزم توافر الشروط الآتية :

١ — أن يقدم المصول عليه بينة تثبت وقوع الصيال :

والحكمة من ذلك صيانة الأنفس عن الإزهاق بدعوى الاعتداء دون دليل . فمجرد الإدعاء بأنه قتل شخصاً لأنه وجدته مع امرأته ، أو لأنه حاول قتله أو الاعتداء عليه أو على ماله ، لا يكفى لبراءة ذمته من المسؤولية الجنائية ، ولا بد من قيام البينة بهذا الإدعاء ، وإلا كان مطالباً بالقصاص ، وبهذا الحكم أخذ عامة الفقهاء فى مختلف المذاهب ، فقد روى الإمام مالك فى الموطأ عن أنى هريرة : أن سعد بن عباد ، قال لرسول الله ﷺ : أرأيت إن وجدت مع

(١) سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى وحاشية الإمام السندي ح ٧ ص ١١٤ — مطبعة دار الفكر — بيروت .

(٢) سنن النسائي . المرجع السابق ح ٧ ص ١١٦ .

امرأتى رجلاً ، أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟. فقال رسول الله ﷺ : نعم^(١) وقد روى عن علي بن أبي طالب — كرم الله وجهه — أنه سئل عن وجد مع امرأته رجلاً فقتله ، فقال : إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برقبته^(٢) . هذا ويقوم الاقرار من ولى الصائل مقام الإثبات بالبينة ، فيسقط القصاص والدية عن قاتله ، ولعل قصة الرجل الذى دخل على عمر وسيفه ملطخ بالدم — والتي ذكرناها قبلاً — تشهد لذلك وتؤيده .

٢ — أن يكون الصائل معتدياً :

أى لا حق له فى التعرض لنفس المصول عليه أو عرضه أو ماله ، فالذى يقتل مستحق القصاص لا يعتبر معتدياً ولا صائلاً ، ولا يلتزم بالقصاص أو الدية لأنه قتل نفساً مهدرة . ويجب ملاحظة أن الاعتداء المشترط فى الصائل لجواز قتله لا يتطلب وقوع عمل من جانب الصائل لإصابة المصول عليه ، فمن حق المعتدى عليه أن يسرع إلى رد الاعتداء المتوقع من الصائل بعد ظهور إمارته ، وقد وجدنا فى قصة الزبير بن العوام مع الرجلين اللذين أرادا اغتصاب الجارية ما يدل لذلك ، فإنه لم ينتظر حتى يقدم الرجلان على الاغتصاب ، وإنما سارع إلى ردهما بالقتل قبل أن يتمكنوا منها . وقد عبر فقهاء الحنفية عن هذا المعنى بوضوح ، فاعتبروا مجرد شهر السلاح من الصائل مبرراً لقتله مادام السلاح الذى شهره يستعمل فى القتل عادة ، أو إذا وقع العدوان ليلاً ، أو فى مكان منقطع لا يتأتى فيه الغوث فإن للمعتدى عليه الحق فى دفع المعتدى بالقتل حتى ولو كان السلاح الذى شهره مما لا يستعمل فى القتل عادة^(٣) .

٣ — أن يعدم المصول عليه كل الوسائل سوى القتل لرد الصائل :

فليس جائز شرعاً أن يبادر إلى إزهاق روحه وعنده وسيلة أدنى من ذلك لرد اعتدائه ، إنه إن فعل ذلك كان ظالماً ومعتدياً ، وتحمل مسؤولية فعله بالقصاص منه ، وإذا قتله الصائل فى هذه الحالة لا يقتض منه ، لأنه فى موقف المدافع عن نفسه فلا يتحقق ركن العدوان . فعلى المعتدى عليه أن يتدرج مع

(١) موطأ الإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثى ص ٥٢٣ الطبعة العاشرة سنة ١٤٠٧ هـ دار الفنايس .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٣٣٢ مطبوعات إدارة البحوث العلمية — بالرياض .

(٣) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٢ ، المسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ٥٠ وما بعدها .

المعتدى في دفع الاعتداء ، فقد تجدى معه وسيلة من الوسائل البسيطة التي لا تكلف نفساً ولا طرفاً من الأطراف^(١) وإذا كنا نطالب الموصول عليه بالتدرج في دفع الصائل ، فإنما نطالبه بذلك عندما يكون التدرج ممكناً وتحققت وسائله ، أما إذا لم يكن ممكناً لتعذر استعمال الوسائل الأخرى ، فإن القتل في هذه الحالة يكون هو الحل الوحيد الذي لا بديل له . لكن الذي يستعمل في الدفع آلة من شأنها أن تقتل ، يجب عليه أن يعمل على أحداث الجرح غير القاتل ، فإذا اندفع المعتدى به ، وقف الأمر عند هذا الحد وإلا جاز قتله^(٢) . وهناك ملحظ هام يجب الالتفات إليه وهو أن الدافع للإعتداء لا يسأل عن نتيجة لم يكن يتوقعها بفعله ، كأن يحاول دفع المعتدى بعضاً صغيرة لا تقتل غالباً ، ولكن الضرب صادف ضعفاً شديداً من الصائل فمات بسبب هذا الضرب . ووجه اعفاء الموصول عليه من هذه النتيجة ، أنه لم يكن معتدياً حين استخدم الوسيلة المناسبة لرد الاعتداء ، وإذا كانت النتيجة التي وقعت غير مناسبة للوسيلة المستعملة ومجازة لما قصده المعتدى عليه ، فإن هذا وقع رغباً عنه وبدون إرادة منه^(٣) .

المسئولية الجنائية والمدنية في الدفاع الشرعى :

لا يترتب على استعمال حق أو واجب الدفاع الشرعى بمحدوده وضوابطه مسئولية جنائية على القائم به . لأن ما قام به أفعال مباحة لا توصف بالجرام ولا عقاب على فاعل المباح . أما المسئولية المدنية ، فهي أيضاً لا تجب على الموصول عليه ، لأنه استعمل حقاً أو قام بواجب بإذن من الشريعة الإسلامية ، وهذا على رأى جمهور الفقهاء . وعند الإمام أبى حنيفة رحمه الله تجب المسئولية على الموصول عليه إذا كان الصائل صيباً أو مجنوناً ، فيلزمه ضمان ما لحقه بهم من تلف أو ضرر . وحجته أن أفعال هؤلاء لا توصف بالجرام ، وإنما جاز دفعهم للضرورة . فلا يسقط الضمان عن الموصول عليه عما لحقه بهم من تلف أو ضرر^(٤) . والله أعلم .

(١) حاشية ابن عابدين ح ٥ ص ٤٨٢ .

(٢) المغنى لابن قدامة ح ٨ ص ٣٣٢ .

(٣) بدائع الصنائع للكاسانى الحنفى ح ٧ ص ٦٣ ، الأم ح ٦ ص ٢٧ .

(٤) المرحوم عبد القادر عودة في التشريع الجنائى الاسلامى ح ١ ص ٤٨٠ .

المطلب الثالث

في

حكم تترس العدو بالمسلمين في الجهاد

من الحالات التي تدعو إليها الضرورة — على وجه الاستثناء — مباشرة ما يؤدي إلى قتل معصوم الدم . ويتحقق ذلك حينما يتترس العدو بالمسلمين أو بصيانتهم أو بنسائهم ، ومعنى يتترس العدو بهم ، أنه يضعهم في مقدمة الصفوف أو في مواجهة إخوانهم أو ذويهم من المسلمين ، بحيث يراهم المسلمون أو يعلمون بذلك فيتأخرون عن القتال ويكون في ذلك مفسدة عظيمة وهي البعد عن الجهاد وعدم تأمين بلاد المسلمين خوفاً على ذويهم من المسلمين . في هذه الحالة تأخذ بالقاعدة الفقهية التي تقر بأن : يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام . ومن فروع هذه القاعدة جواز الرمي إلى الكفار الذين تترسوا بالمسلمين أو نسائهم أو صيانتهم من الأسرى^(١) وذلك لدفع ضرر زحفهم على بلاد المسلمين وإهمال فريضة الجهاد . وفي ذلك يقول ابن قدامة الخنيلي : « ولكن لو تترس العدو بمسلم ودعت الحاجة إلى رميهم للخوف على المسلمين جاز رميهم ، لأنها حال ضرورة ويقصد الكفار ... »^(٢) كذلك ورد في الأشباه والنظائر للحموي : « جواز الرمي إلى كفار تترسوا بصيانت المسلمين . لأن هذا من قبيل تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام »^(٣) وجواز ما ذكرناه محل اتفاق بين الفقهاء على ما ذكره الإمام بن تيمية حيث يقول : « فإن الأئمة متفقون على أن الكفار لو تترسوا بمسلمين وخيف على المسلمين إذا لم يقاتلوا ، فإنه يجوز أن نرميهم ونقصد الكفار . ولو لم نخف على المسلمين جاز رمي أولئك المسلمين أيضاً في أحد قولي العلماء . ومن قتل لأجل الجهاد الذي أمر الله به ورسوله — هو في الباطن مظلوم — كان شهيداً . وبعث على نيته . ولو لم يكن قتله أعظم فساداً من قتل من يقتل من المؤمنين المجاهدين وإذا كان الجهاد واجباً وإن قتل من المسلمين ماشاء الله . فقتل من يقتل في صفهم من المسلمين لحاجة الجهاد ليس أعظم من هذا . بل

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص ٨٧ ، وأشباه السيوطي ص ٨٧ .

(٢) المغني لابن قدامة الخنيلي ح ٨ ص ٤٥٠ .

(٣) الأشباه والنظائر للحموي ص ٤٣ .

قد أمر النبي ﷺ المكره في قتال الفتنة بكسر سيفه وليس له أن يقاتل وإن قتل ... » (١).

والواقع أن هذا الاستثناء معقول وهو من لوازم الحرب ومقتضيات القتال ومن ضرورات حفظ دار الإسلام ، وما ذكره الحموي أو السيوطي أو ابن نجيم ، إشارة واضحة إلى أن استيلاء الكفرة على ديار المسلمين ، يعتبر في نظر الشرع أشد ضرراً من قتل النفوس ، لأن في استيلائهم على بلاد المسلمين إذلالاً للمسلمين وتعطيلاً لأحكام الدين ، وإعلاء لكلمة الكفر التي من حقها أن تكون هي السفلى ، وكل ذلك ضرر عظيم عام يجب دفعه ولو بازهاق نفوس بعض المسلمين ، لأنه بالنسبة لذلك الضرر ضرر خاص وأخف منه . ومن المسائل التي ذكرت في هذا الباب يقول ابن قدامة رحمه الله : « ولو وقفت امرأة في صف الكفار أو على حصنهم ، فشتمت المسلمين أو تكشفت لهم جاز رميها قصداً ، لما روى سعيد حدثنا حماد بن زياد عن أيوب عن عكرمة قال : لما حاصر رسول الله ﷺ أهل الطائف ، أشرفت امرأة فكشفت عن قبلها فقال : « ها دونكم فارموها » فرماها رجل من المسلمين فما أخطأ ذلك منها ، ويجوز النظر إلى فرجها للحاجة إلى رميها ، لأن ذلك من ضرورة رميها ، وكذلك يجوز رميها إذا كانت تلتقط لهم السهام أو تسقيهم الماء أو تحرضهم على القتال لأنها في حكم المقاتل ... » (٢).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ح ٢٨ ص ١٣٧ . تصوير الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ هـ .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلي ح ٨ ص ٤٥٠ .

المبحث الخامس

في

الاضطرار إلى ارتكاب الفاحشة
وفيه مطلبان

المطلب الأول : الإكراه على الزنا .

المطلب الثاني : ارتكاب الزنا في حالة الضرورة .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الخامس

في

الاضطرار إلى ارتكاب الفاحشة

المطلب الأول : الإكراه على الزنا :

أما بالنسبة إلى حالة الإكراه على ارتكاب جريمة الزنا ، فنجد أنه تارة يقع للمرأة وتارة يقع للرجل . فإذا وقع الإكراه للمرأة ، وذلك بأن أكرهت المرأة إكراها ملجئاً على الزنا ولم تستطع دفعه عنها وسعها أن تتمكن من نفسها خشية وقوع الضرر بها ولا حد عليها عند جماهير الفقهاء^(١) والحجة في ذلك واضحة جلية في قول المولى تبارك وتعالى بهذا الشأن : « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن يكرهن فإن الله من بعد إكراههن غفورٌ رحيم »^(٢) وقد قيل أن السبب في نزول هذه الآية هو :

أولاً : أنه كان لعبد الله بن أبي المنافق ست جواري وهن ، معاذة ، ومسيكة ، وأميمة ، وعمرة ، وأروى ، وقتيلة ، وكان يكرههن على الزنا والبغاء وضرب عليهن ضرائب ، فشكت ثنتان منهن إلى رسول الله ﷺ فنزلت .

ثانياً : أن عبد الله بن أبي أسر رجلاً ، فراود الأسير جارية عبد الله ، وكانت الجارية مسلمة ، فأمتعت الجارية لإسلامها ، وأكرهها ابن أبي على ذلك رجاء أن تحمل من الأسير فيطلب فداء ولده ، فشكت إلى المصطفى صلوات الله وسلامه عليه بذلك . فنزلت هذه الآية .

ثالثاً : روى أبو صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاء عبد الله بن أبي إلى رسول الله ﷺ ، ومعه جارية من أجمل النساء تسمى معاذة ، فقال يارسول الله ، هذه لأيتام فلان ، أفلا نأمرها بالزنا فيصيرون من منافعها ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا . فأعاد الكلام ، فنزلت .

(١) المغني لابن قدامة الخليلي ج ٨ ص ١٨٦ .

(٢) الآية رقم ٣٣ سورة النور .

رابعاً : جاءت جارية لبعض الناس شاكية ، باكية ، فقالت : إن سيدي يكرهني على البغاء ، وأنها تتأذى بذلك وهي مسلمة — فنزلت الآية (١) .

ووجه الدلالة من الآية السابقة — والتي ورد في سبب نزولها عدة أقوال — أنها دلت بما لا يدع مجالاً للشك على أن الإثم بالنسبة للمرأة التي أكرهت على الزنا قد انتفى تمام الانتفاء ، وذلك نظراً للصراحة والوضوح الظاهرين من الآية الكريمة ، حتى قيل أن هناك قراءة لابن عباس تقول : « فإن الله من بعد إكراههم غفور رحيم لهم » . يؤيد ذلك كثير من الأحاديث والآثار المروية بهذا الشأن فقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه ذرأ الحد عن المرأة المستكرهه على الزنا ، فعن وائل بن حجر قال : « استكرهت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فذرأ عنها رسول الله ﷺ الحد وأقامه على الذي أصابها » (٢) . وقد جاء في موطأ مالك في باب القضاء في المستكرهه من النساء عن ابن شهاب : أن عبد الملك بن مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهه بصداقها — بالإضافة إلى الحد — على من فعل ذلك بها . قال مالك : الأمر عندنا في الرجل يغتصب المرأة بكراً كانت أو ثيباً : أنها إن كانت حرة فعليه صداق مثلها ، وإن كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها ، والعقوبة في ذلك على المعتصب ، ولا عقوبة على المعتصبة في ذلك كله . وإن كان المعتصب عبداً فذلك على سيده ، إلا أن يشاء أن يسلمه (٣) هذا ما ورد بشأن المرأة . أما الإكراه بالنسبة إلى الرجل فقد اختلف الفقهاء في ذلك ، فريق من الفقهاء يرى وجوب الحد على الرجل إذا أكرهه على الزنا بخلاف المرأة . ويقولون بوجود فرق بين الرجل والمرأة يتمثل في أن المرأة تكرة لأن وظيفتها التمكين فهي مفعول بها وليس من جهتها مباشرة للفعل ، إنما يتحقق فيها التمكين من ذلك بترك الامتناع وفي حالة الضرورة ، يجوز لها ترك الامتناع بلا إثم كما في تارك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عند خوف الهلاك على نفسه ولا يكون آثماً (٤) بخلاف الرجل مباشر لفعل الزنا ، مستعمل آله في ذلك ، فلا يكره مادام ينتشر ، لأن الانتشار دليل الطواعية ، ومقتضى هذا

(١) تفسير الفخر الرازي ح ٢٣٠ ص ٢٢١ ، روح المعاني للأوسى ح ١٨ ص ١٥٦ ، تفسير جامع

البيان في تفسير القرآن للطبري ح ١٨ ص ١٠٣ ، تفسير ابن كثير ح ٣ ص ٢٨٨ .

(٢) سنن الترمذي ح ٤ ص ١٥٥ — كتاب الحدود ، باب ما جاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا .

(٣) موطأ مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي ص ٢٥١ الطبعة العاشرة — دار النفائس .

(٤) المبسوط للإمام السرخسي ح ٢٤ ص ١٣٨ .

الرأى أنه إذا لم يكن هناك إنتشار وثبت الإكراه فلا حد . أما إذا انتشر وزنى فعليه الحد . وهذا قول مرجوح لبعض الفقهاء منهم الحنابلة وأبو ثور ومحمد بن الحسن وبعض الشافعية ورأى لرأى حنيفة (١) . أما الرأى الراجح من المذاهب فىرى أنه لا حد على الرجل إذا اكراه على الزنا وهو القول الأظهر فى المذهب الشافعى والمذهب المالكى وهو قول أبى حنيفة الأخير وقول أبى يوسف من فقهاء المذهب الحنفى والحجة لهذا القول ، أن المكره قصد بفعله دفع الهلاك عن نفسه ، لا اقتضاء شهوته ، ولأن الإكراه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات فى جميع أقوال الفقهاء والشبهة تمنع الحد . وقول المانعين أن الإكراه ينافى الإنتشار يرد عليه أن التخويف بالإكراه كان على ترك الفعل ، والفعل لا يخاف منه فلا يمنعه الإكراه ، وأيضاً فإن الحد إنما يجب على شهوة بعث عليها سبب اختيارى خالٍ من الإلجاء ، وهذا لم يوجد فى زنا المكره فلا يجب عليه الحد (٢) .

الرأى الراجح :

هذا ونحن نميل إلى القول الذى يقضى بعدم وجوب الحد على الزانى بالإكراه ونرجحه حيث إن الاكراه يتساوى فيه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب الحد عليها لا يجب الحد عليه أيضاً ، ولأن الإنتشار قد يكون طبعاً وهو دليل على الفحولية أكثر مما هو دليل على الطواعية ، ولأن القول بأن التخويف ينافى الإنتشار غير صحيح ، لأن المكره يخاف عند ترك الفعل لا عند إتيانه ، والفعل فى ذاته لا يخاف منه ، وفضلاً عن ذلك فإن الإكراه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات (٣) زيادة على ذلك فقد ورد الحديث الذى يمنع الإثم عن المكره فقد قال المصطفى ﷺ : « إن الله رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (٤) ولا فرق فى ذلك بين إكراه وإكراه ، وارتكاب الرجل أو المرأة جريمة الزنا تحت تهديد الإكراه يعتبر ضرورة من الضرورات . والضرورات تبيح المحظورات .

- (١) المغنى لابن قدامة ح ٨ ص ١٨٧ ، القواعد لابن رجب الخنبلى ح ٢ ص ٢٨٧ ، نهاية المحتاج للرملى ح ٧ ص ٤٠٥ ، حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمى ح ٩ ص ١٠٥ ، الشرح الصغير للدردير ص ١٢٣ ، المسوط ح ٢٤ ص ١٣٨ .
- (٢) المسوط للسرخصى ح ٢٤ ص ٨٨ وما بعدها ، المغنى لابن قدامة ح ٨ ص ١٨٧ ، نهاية المحتاج للرملى ح ٧ ص ٤٠٥ ، حواشى الشروانى وابن القاسم العبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمى ح ٩ ص ١٠٥ ، الشرح الصغير للدردير ص ١٢٥ .
- (٣) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ح ٤ ص ١٥٧ وما بعدها .
- (٤) رواه الطبرانى فى الكبير عن ثوبان وأبى الدرداء سبل السلام ح ٣ ص ٢٣٢ كتاب الطلاق .

المطلب الثاني

في

ارتكاب الزنا في حالة الضرورة

كذلك قد تتحقق حالة الضرورة بالنسبة للرجل أو المرأة ، ويكون من نتيجة ذلك ارتكاب جريمة الزنا ، فإذا تحقق ذلك وارتكب الجريمة — أى جريمة الزنا — نتيجة لهذه الضرورة التي وقع فيها الرجل أو المرأة ، فلا حد على أى منهما وهناك أدلة كثيرة على هذه الحالة ، فقد روى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال : أتى عمر بامرأة قد زنت فحينما سأها عمر بن الخطاب عن ذلك . قالت : إني كنت نائمة ، فلم استيقظ إلا برجل قد جثم على ، فخلى سيلها ولم يضرها ، ولأن هذه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات (١) وسئل أحمد بن حنبل في راع جاءته امرأة قد عطشت فسأته أن يسقيها . فقال لها مكنتني من نفسك . قال : هذه مضطرة (٢) .

هذا ومن قضاء عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، في الحدود ما زواه البيهقي وعبد الرازق عن ابن المسيب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أتى بامرأة لقيفها داع بغلاة من الأرض وهي عطشى ، فاستسقته ، فأبى أن يسقيها إلا أن تتركه فيقع بها ، فناشدته بالله فأبى ، فلما بلغت جهدها أمكنته من نفسها ، فدرأ عنها عمر الحد بالضرورة (٣) وفي رواية أنه قال لعلى ما ترى فيها ؟ قال : إنها مضطرة فأعطاها عمر شيئاً وتركها .

فمن أقضية أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه هذه ، نستنبط أن الحدود لا تقام إلا على من توفرت فيه شروط مثل البلوغ ، العقل ، الإختيار ، وعدم الضرورة (٤) .

(١) راجع بالمعنى لابن قدامة الخليل ح ٨ ص ١٨٧ مطبوعات رئاسة البحوث العلمية بالرياض .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المصنف لعبد الرازق ، كتاب الطلاق ، باب الحد في الضرورة ح ٧ ص ٤٠٦ ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الحدود ، باب من زنى بامرأة مستكرهة ح ٨ ص ٢٣٦ .

(٤) د . ناصر بن عقيل بن جاسر الطريفي . القضاء في عهد عمر بن الخطاب ح ٢ ص ٦٨٦ ، الطيعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ سنة ١٩٨٦ م دار المدنى .

المبحث السادس

في

الاضطرار إلى أخذ المال أو إتلافه

وفيه ستة مطالب

- المطلب الأول : أخذ المال بدون إذن صاحبه .
- المطلب الثاني : حكم الضرورة في جريمة السرقة .
- المطلب الثالث : ضرورة بذل المال للمضطر .
- المطلب الرابع : أخذ المال قهراً إذا امتنع صاحبه من بذله .
- المطلب الخامس : القاء حمولة السفينة عند الضرورة .
- المطلب السادس : إتلاف الإنسان ماله لوقاية نفسه أو عرضه .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الاضطرار إلى أخذ المال أو إتلافه

المطلب الأول : أخذ المال بدون إذن صاحبه :

الإنسان خليفة الله في أرضه ، أراده أن يكون كما أمره أن يعبد ، ويوحده ويأتمر بأمره ، وينتهي عن نهيهِ . وعندما أمره بالإمتثال لطاعته أراد له الأمن في دنياه وضمن له الجزاء الأوفى في أخره . والأمن في النفس واضح جلي في تحريم الإعتداء عليها بالقتل أو الجراح أو ما سوى ذلك مما يؤلمها ، ولو كان هذا الإيلام باللفظ أو الإشارة . والأمن في المال فرع من حق النفس في الأمن ، فالمال قوام النفس البشرية في حاجاتها المادية . وقد سماه الله زينة من ضرورات الحياة ومقتضياتها فقال تعالى : « المال والبنون زينة الحياة الدنيا »^(١) وقال تعالى : « زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين والقناطير المنقطرة من الذهب والفضة »^(٢) . وتملك المال يفيد الاختصاص به ، فمن المعتدى عليه ، فقد تعدى على حد من حدود الله ، ولهذا حرم الله السرقة وأوجد فيها الحد فقال تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسب نكالاً من الله والله عزيز حكيم »^(٣) وعرفت السرقة عند الفقهاء بقولهم : بأنها أخذ مال الغير على وجه الإختفاء من مالكه أو نائبه^(٤) . وبناء على ذلك فأموال الغير مصونة محترمة في نظر الشريعة الإسلامية ولا يجوز بحال من الأحوال الأخذ منها بدون إذن صاحبها . فقد جاء في الحديث الشريف عن النبي ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه ... »^(٥) .

ومع ذلك فإنه يجوز عند الضرورة أخذ مال الغير بدون إذنه أو إتلاف هذا المال وذلك إذا دعت ضرورة أو حاجة ملحة إلى ذلك وسنذكر على سبيل المثال .

(١) الآية ٤٦ سورة الكهف .

(٢) الآية ١٤ سورة آل عمران .

(٣) الآية ٣٨ سورة المائدة .

(٤) الروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتي ج ٢ ص ٣٤٩ . المطبعة السلفية .

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ٣٠٣ .

أولاً : أخذ أحد الزوجين مال الآخر بدون إذنه :

للعلماء في هذه المسألة أقوال عدة فمن ألقهاء من اعتبر أن أخذ أحد الزوجين من مال الآخر يعتبر من قبيل السرقة ، ومنهم من فصل المسألة وفرق بين أخذ الزوج وأخذ الزوجة ، ومنهم من لم يعتبر ذلك من قبيل السرقة . ومن أصحاب الرأي الأول مالك رضوان الله عليه وقول عند الشافعية ، ورواية لدى الحنابلة ، وهو قول ابن المنذر وأبي ثور^(١) . ومما جاء في بداية المجتهد لابن رشد قوله : « ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : إذا كان كل واحد ينفرد بيئت فيه متاعه . فالقطع على من سرق من مال صاحبه . وقال الشافعي : الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الإختلاط وشبهة المال ، وقد روى عنه مثل قول مالك — أى بالقطع — وأختره المازني^(٢) » ومن يقول : وهما إذا أفلت من عقوبة القطع فلن يفلتا من العقوبة التعزيرية . وهى باب واسع للتأديب والردع هذا بالإضافة إلى وجوب رد المسروق أو ضمانه^(٣) .

وإذا كان قد حدث خلاف في الفقه الإسلامى حول أخذ أحد الزوجين دون إذن صاحبه من ماله . فعند الضرورة يباح الأخذ من مال الآخر بدون إذنه سواء رضى أم أبى وإمامنا في ذلك سنة المصطفى ﷺ عندما شكت هند زوجة أبى سفيان إلى رسول الله ﷺ من بخل وشح زوجها . فقد روت عائشة رضوان الله عليها عن عروة في الصحيحين أنها قالت : جاءت هند زوج أبى سفيان إلى النبي ﷺ . فقالت : يا رسول الله ، والله ما كان على ظهر الأرض ، أهل خباء أحب إلى من أن يذمهم الله من أهل خبائك . وما على ظهر أهل خباء أحب إلى من أن يعزهم الله من أهل خبائك . فقال النبي ﷺ : وأيضاً والذي نفسى محمد بيده ، ثم قالت يا رسول الله . إن أبأ سفيان رجل ممسك . فهل على حرج أن انفق على عياله من ماله بغير إذنه . فقال النبي ﷺ : « لا حرج عليك أن تنفقى عليهم بالمعروف »^(٤) وفي رواية أخرى

(١) راجع الموطأ بشرح الزرقانى ح ٥ ص ١١٦ ، المهذب للشيرازى ح ٢ ص ٢٨١ ، المغنى لابن قدامة الحنبلى ح ٨ ص ٢٧٦ ، بدائع الصنائع للكاسانى ح ٧ ص ٧٥ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ح ٢ ص ٥٥٣ طبعة دار الكتب الاسلامية .

(٣) د . الشافعى عبد الرحمن السيد عوض . في السرقة بين التجريم والعقوبة في الشريعة الاسلامية ص ٢٠٩ .

(٤) رواه مسلم من عائشة . صحيح مسلم بشرح النووي ح ٤ ص ٣٠٥ — كتاب الشعب .

قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبى سفيان على رسول الله ﷺ . فقالت : يا رسول الله إن أبى سفيان رجل شحيح ، لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ببنى إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل على فى ذلك من جناح ؟ . فقال رسول الله ﷺ : « خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك » (١) وقد ورد فى شرح النووى فوائد لهذا الحديث منها :

١ - جواز سماع كلام الأجنبية عند الإفتاء والحكم وكذا ما فى معناه .
٢ - جواز ذكر الإنسان بما يكرهه إذا كان للاستفتاء والشكوى منه ونحو ذلك .

٣ - أن من له على غيره حق وهو عاجز عن استيفائه ، يجوز له أن يأخذه من ماله قدر حقه بغير إذنه . ومنع ذلك أبو حنيفة ومالك رضى الله عنهما (٢) .
٤ - جواز الأخذ من مال الغير بدون إذنه عند الضرورة وبقدر الكفاية .
٥ - ومنه أن المستفتى فتوى لها تعلق بالغير ، إذا غلب على ظن المسئول صدقه .

لا يحتاج إلى إحضار ذلك الغير . وخصوصاً إذا كان ذلك فيه مفسدة ، كما فى هذه القضية ، فإنه لو حضر أبى سفيان هذه الشكاية . لم يؤمن أن يقع بينه وبين زوجته مالا ينبغى . وليس فى هذا دلالة على الحكم على الغائب ؛ فإن هذا ليس بحكم . وإنما هو استفتاء (٣) .

نخلص من ذلك إلى جواز أخذ المرأة من مال زوجها بدون إذنه فى حالة الحاجة والضرورة وتكون بقدر الحاجة ولا يعتبر ذلك من باب السرقة أو خيانة الأمانة . والله أعلم .

(١) رواية أخرى عن عائشة عن عروة عن هشام . صحيح مسلم - المرجع السابق .
(٢) صحيح مسلم بشرح النووى . تحقيق وإشراف عبد الله أحمد أبو زينة ح ٤ ص ٣٠٤ وما بعدها - المجلد الرابع - كتاب الشعب .
(٣) بهجة قلوب الأبرار وقررة عيون الأخيار فى شرح جوامع الأخبار للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدى ص ١٧٢ . طبع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء - الرياض سنة ١٤٠٥ هـ .

المطلب الثاني

في

حكم الضرورة في جريمة السرقة

إذا كان المولى تبارك وتعالى قد حرم السرقة ، وأعد لها الجزاء الرادع ، ووعد السارق بقطع يده عند ارتكاب جريمته ، فإن الضرورة توقف حد السرقة عن المضطر ، إذا أخذ مال الغير ، وكان هذا المال مما تندفع به الضرورة مباشرة ، ولم يكن صاحبه مضطراً إليه ، ولهذا المعنى أوقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، حد السرقة في عام الحجامة . فقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بعض الآثار التي تفيد ترك قطع يد السارق ، أو أمر بعدم قطعها أسوق منها :

١ - روى عبد الرازق عن معمر عن يحيى بن أبي كثير قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « لا يقطع في عِدْقٍ ، ولا عام السنه » (١) .

٢ - روى عبد الرازق عن معمر عن أبان : أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه . في ناقة عرق ، فقال له عمر : هل لك في ناقتين بها ، عُشارتين ، مُربعتين ، سميتين ، بناقتك ، فإننا لا نقطع في عام السنه » (٢) .

هذا وقد توهم البعض أن ما فعله عمر بن الخطاب غير صحيح ، لأنه - في وهمه - من قبيل الاجتهاد في معرض النص فلا يجوز حيث إنه فهم من ذلك تعطيل عمر بن الخطاب لحد قطع السرقة (٣) كما توهم آخرون أن ما فعله عمر رضي الله عنه دليل على إمكان تغيير الأحكام بتغيير الزمان ، ولو كانت هذه الأحكام مما وردت بها النصوص القطعية مثل حد السرقة . وكلا الوهمين باطل وغير صحيح . فلقد رأى عمر أن شرط القطع غير متحقق ، لأن الضرورة مانع شرعي يبيح للإنسان أكل الميتة والدم ولحم الجنزير ، فدرأ عنهم الحد لوجود الشبهة ، وهي الجوع الذي لحق بالناس عام الرمادة (٤) .

(١) المصنف لأبي بكر عبد الرازق بن ممام الصنعاني . الطبعة الأولى سنة ١٣٩٠ هـ سنة ١٩٧٠ م .

مشورات المجلس العلمي - بيروت ج ١٠ ص ٢٤٢ . كتاب اللقطة ، باب القطع في عام سنه .

(٢) عُشارتين : أي في بطونها أولادها . مُربعتين : أي مخصبتين . المرجع السابق ج ١٠ ص ٢٤٣ .

(٣) القضاء في الإسلام . عطية مصطفى مشرفة . الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ ص ٩٨ الشرق الأوسط .

(٤) القضاء في عهد عمر بن الخطاب ، د . ناصر بن عقيل بن جاسر الطريقي ص ٧٢٥ ، الطبعة

الأولى سنة ١٤٠٦ هـ سنة ١٩٨٦ م دار المدني للطباعة والنشر - جدة .

فالحقيقة خلاف ما توهمه هؤلاء وأولئك ، لأن ما فعله عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، اجتهاد سائغ ، لأنه من الإجتهد في تطبيق النص ، وليس هو من الإجتهد في معرض النص أو إبطاله أو إلغائه . وبيان ذلك أن عام المجاعة كان عام ضرورة عامة ، وفي حالة المجاعة العامة لا يكاد السارق يخلو من ضرورة اضطرته إلى أخذ مال غيره ليسد به رمقه ، ويدفع الهلاك عن نفسه ، فيكون حكمه حكم المضطر المأذون له أخذ مال غيره ، وبالتالي لا يجب عليه العقاب . وقد يقال هنا لماذا لم يأمر عمر بن الخطاب بمحاكمة السارق ، ومن ثبتت ضرورته عفى عنه ومن لم تثبت أقيم عليه الحد؟. والجواب شبهة الاضطرار قائمة بالنسبة لكل سارق بقرينة المجاعة العامة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، كما جاء الحديث الشريف بذلك . وهى قاعدة من القواعد الفقهية المشهورة^(١) وإذا كان هناك شك في تحقيق هذه الشبهة بالنسبة للسارق، فإن الشك يفسر لمصلحة المتهم ، فلا حاجة إذن ، إلى محاكمات تشغل الناس وهم في مجاعة وقحط وبلاء... ونظير هذا ما فعله عمر بن الخطاب رضى الله عنه في مسألة غلثة حاطب بن أبى بلتعة . فقد روى عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب قال : أصاب غلمان لحاطب بن أبى بلتعة بالعالية ، ناقة لرجل من مزينة ، فانتحروها واعترفوا بها . فأرسل إليه عمر . فذكر ذلك له وقال : « هؤلاء أعبدك قد سرقوا وانتحروا ناقة رجل من مزينة واعترفوا بها ، فأمر كثير بن الصلب أن يقطع أيديهم ، ثم أرسل بعد ما ذهب فدعاه ، وقال : لولا أظن أنكم تبيعونهم حتى أن أحدهم أتى ما حرم الله لقطعتم أيديهم ، ولكن والله لئن تركتهم لأغرمنك منهم غرامة توجعك . فقال كم ثمنها؟. فقال المزينى : كنت أمنعها من أربعمائة ، قال عمر : فأعطه ثمانمائة»^(٢) وقد أورد الإمام مالك رضوان الله عليه هذا الأثر ولكنه علق على ذلك قائلاً : « وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ، ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه يغرّم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها ... »^(٣) فمن أفضية أمير المؤمنين

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ١٢٧ .

(٢) رواه البيهقى وعبد الرازق - السنن الكبرى ، كتاب السرقة ، باب ما جاء في تضعيف الغرامة ح ٨ ص ٢٧٨ ، والمصنف لعبد الرازق ح ١٠ ص ٢٣٨ ، باب سرقة العبد .

(٣) موطأ الإمام مالك - رواية يحيى بن بحر الليثى - الطبعة العاشرة سنة ١٤٠٧ هـ سنة ١٩٨٧ م ،

عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه هذه ، نستنبط أن الحدود لا تقام عند
الضرورة ، وهذا من الإمام الملهم عمر رضى الله عنه ، فقه عميق ودقيق في
فهم النصوص وتطبيقاتها ، واجتهاد في مدى تحقق شروط تطبيق النص في واقعة
معينة ، وليس اجتهاداً في إبطال النص وإلغائه ، لأن النصوص الشرعية بعد
رسول الله ﷺ لا يمكن لأحد كائناً من كان أن يلغها أو يبطلها . والله أعلم .

المطلب الثالث

في

ضرورة بذل المال للمضطر

من القواعد المسلمة في الشريعة الإسلامية ، وجوب بذل المال للمضطر إليه ، سواء كان طعاماً أو غيره ، وكان غير محتاج إليه حاجة اضطرار ، وكان مما تندفع به الضرورة مباشرة ، في هذه الحالة يجب عليه بذل هذا المال للمضطر إليه ، لأنه تعلق به إحياء نفس آدمى معصوم ، فلزمه ذلك كما يلزمه بذل منافعه في إنجائه من الغرق والحريق إذا تعين عليه ذلك ، ولأن امتناعه من بذل ماله للمضطر إليه ، يعتبر من قبيل الإعانة على قتله أو التسبب إليه فلا يجوز^(١) ولأن الله تعالى يقول : « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ... »^(٢) . وليس من التعاون على البر ترك المضطر يهلك مع القدرة على إسعافه ببذل المال له الذي ينقذ حياته من الهلاك .

هل يجب بذل المال بدون عوض :

ولكن هل يلزم صاحب المال بذله مجاناً أم لا يجب عليه البذل إلا بعوض ؟ . حدث في هذه المسألة خلاف بين الفقهاء ، فعند الشافعية لا يلزمه إلا بعوض ، وبهذا قطع جمهورهم ، وعندهم قول مرجوح أنه يجب البذل للمضطر مجاناً^(٣) . أما عند فقهاء المالكية فقولان^(٤) ولكن الإمام الدسوقي في حاشيته جعل القولين في المضطر المعلوم الذي لا مال له ، أما من كان عنده مال فلا يجب له البذل بدون عوض^(٥) . أما عند فقهاء الحنفية ، فلا يسقط الضمان بسبب الاضطرار ، فقد قالوا : « من أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ولكن يكون ضامناً له »^(٦) ويعلمون وجوب الضمان بالقاعدة الفقهية المشهورة : « الاضطرار لا يبطل حق الغير » ويقول شراحهم في هذه

(١) المغنى لابن قدامة الخنيزلي ج ٨ ص ٦٠١ ، المجموع للنووي ج ٩ ص ٣٧ .

(٢) من الآية رقم ٢ سورة المائدة .

(٣) المجموع للنووي ج ٩ ص ٤٣ .

(٤) الفروق للإمام القرافي المالكي ج ٤ ص ٩ .

(٥) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٢٦ .

(٦) المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ٧٣ .

القاعدة : « الاضطرار وإن أبيح للمضطر تناول وإتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه عقاب ، لا يكون سبباً للخلاص من الضمان » (١) . ومعنى ذلك عند فقهاء المذهب الحنفي أنه لا يلزم البذل بدون عوض .

أما فقهاء المذهب الحنبلي ، فعندهم لا يلزم البذل بدون عوض (٢) واختار ابن قيم الجوزية الحنبلي وجوب البذل مجاناً ، فقد قال رحمه الله : « والصحيح وجوب بذله — أى المال للمضطر — مجاناً لوجوب المساواة واحياء النفوس مع القدرة على ذلك والإيثار بالفضل مع ضرورة المحتاج » (٣) واختار ابن تيمية التفصيل فقال : بوجوب البذل مجاناً إذا كان المضطر معدوماً ، فقد ورد في كتابه اختيارات ابن تيمية رحمه الله : « المضطر إلى طعام الغير إن كان فقيراً فلا يلزمه عوض ، إذ أن إطعام الجائع وكسوة العارى فرض كفاية ويصيران فرض عين على المعين إذا لم يقم غيره » (٤) يفهم منه أنه إذا كان المضطر غنياً أو ذا مال فإنه يلزمه العوض ، وهذا الرأى له وجاهته .

ينطبق هذا الكلام ، إذا كان الاضطرار إلى منفعة المال ، وذلك إذا دعت الحاجة والضرورة إلى حبل أو دلو يستقى بهما الماء ، فيكون ذلك كالاضطرار إلى عين المال في لزوم البذل . ولكن هل يجب البذل مجاناً أو بطريق التعويض كالأعيان ؟. حكى عن ابن تيمية رحمه الله — الخلاف السابق في المال (٥) ولكنى أميل إلى أن أمثال هذه المنافع تكون مجاناً حيث إن المولى تبارك وتعالى ذم أقوام يمنعون هذه المنافع فقال عز قائل : « ويمنعون المانعون » (٦) قال ذلك من قبيل العطف على المتكاسلين عن الصلاة والمرائين ووعدهم بوادٍ في نار جهنم يسمى الويل . فيكون مقتضى المدح أن لا يمنع الإنسان هذه المنافع إلى أحد وخصوصاً المضطر إليها .

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ على حيدر ح ١ ص ٣٨ .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلي ح ٨ ص ٦٠٢ ، مجموع فتاوى شيخ الاسلام بن تيمية ح ٢٩ ص ١٨٦ .

(٣) اعلام الموقعين لابن القيم ح ٣ ص ٨ مطبعة ادارة الطباعة المنيرية .

(٤) اختيارات ابن تيمية ح ٤ ص ١٩١ .

(٥) مجموع فتاوى شيخ الاسلام بن تيمية ح ٢٩ ص ١٨٦ .

(٦) الآية رقم ٧ سورة الماعون .

مقدار العوض :

هذا ومقدار العوض للمال المبذول للمضطر — إذا قلنا بلزوم العوض — هو ثمن المثل . فعلى المالك أن يبيعه له بهذا الثمن ، قال الإمام بن تيمية رحمه الله : « يجب عليه أن يبيعه وأن يكون يبيعه له بقيمة المثل ، فإذا امتنع منهما أجبر عليهما » (١) وبهذا القول قال فقهاء الشافعية (٢) لم يبيعه إلا بأكثر من ثمن المثل لم يلزمه إلا ثمن المثل ، لأن الزيادة اضطر إلى بذلها بغير حق فلم يلزمه كالمكره (٣) ولا يشترط في العوض أن يكون معجلاً ، بل يجوز أن يكون ديناً في الذمة إذا لم يكن عند المضطر مال حاضر (٤) .

المطلب الرابع : أخذ المال قهراً إذا امتنع صاحبه من بذله :

إذا امتنع صاحب المال من بذله للمضطر ، فللمضطر أخذه منه قهراً ، وله أن يقاتله عليه ، لأنه باضطراره إليه ، صار أحق به منه ، فيكون امتناعه بغير وجه حق فله نزع منه ولو بالقوة والقتال ، فإن قتل صاحب المال فهو هدر ، لأنه ظالم بقتاله فأشبهه الصائل (٥) . يقول ابن قدامة الحنبلي : « وإن لم يكن صاحبه مضطراً إليه لزمه بذله للمضطر لأنه يتعلق به إحياء نفس آدمى معصوم فلزمه بذله له كما يلزمه بذل منافعه في إنجائه من الغرق والحريق ... فإن احتجج في ذلك إلى قتال فله المقاتلة عليه فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه ، وإن آل أخذه إلى قتل صاحبه فهو هدر لأنه ظالم بقتاله فأشبهه الصائل ، إلا أن يمكن أخذه بشراء أو استرضاء فليس له المقاتلة عليه لإمكان الوصول إليه دونها » (٦) ورُوي أن رجلاً استسقى قوماً فلم يسقوه حتى مات عطشاً ورفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضوان الله عليه ، فاعتبرهم قاتليه وضمنهم دية (٧) وأن ابن حزم الظاهري جعل القود على الممتنع من بذل الماء

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية حـ ٢٩ ص ١٨٦ .

(٢) المجموع للإمام النووي حـ ٩ ص ٤٣ .

(٣) المغنى لابن قدامة حـ ٨ ص ٦٠٢ .

(٤) المجموع للنووي حـ ٩ ص ٤٥ وما بعدها .

(٥) العدة شرح العمدة لبهاء الدين المقدسي ص ٤٦٦ .

(٦) المغنى لابن قدامة الحنبلي — المرجع السابق .

(٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية حـ ٢٩ ص ١٨٦ ، المجموع للنووي حـ ٩ ص ٤٣ ، ٥١ ،

والشرح الكبير للردبر وحاشية الدسوقي حـ ٢ ص ١١٦ .

للعطشان ، إذا كان الممتنع يعلم أن لا شيء عند المضطر يمنع عنه الهلاك ويعلم أنه لا يمكن إدراك ما يدفع عنه الهلاك ، فإن جهل ذلك ومات المضطر فعليه الدية لا القود^(١) . وقد اعتبر الشافعية امتناع صاحب المال من بيعه للمضطر بثمن المثل كإمتناعه من بذله أصلاً ، فأباحوا للمضطر قتاله أيضاً . وهذا موافق لرأى الحنابلة ، إلا أن صاحب المغنى قال الأولى أن لا يجوز قتاله في هذه الحالة ، وإنما عليه أن يأخذ المال ولكن لا يلزمه إلا ثمن مثله^(٢) . وهذا رأى له وجاهته وسنده الشرعى قوى ومتمين .

هل يجب على المضطر أخذ مال الغير ولو بالقتال :

إذا تعين أخذ مال الغير طريقاً لحفظ حياة المضطر ودفع الهلاك عن نفسه ، فهل يجب عليه الأخذ ولو بالقهر أو بالقتال ، أم يسعه تركه ... ؟ حدث خلاف في هذه المسألة بين الفقهاء وخلصته ما يأتي :-

أولاً : في حالة غيبة صاحب المال ، وحيث لا يوجد غير هذا المال الذى تندفع به ضرورة المضطر ، ففى وجوب الأخذ خلاف بين الفقهاء وذلك كالخلاف فى وجوب تناول الميتة للمضطر ، كما قال الإمام النووى فى مجموعه^(٣) . فمن أوجب الأكل من الميتة أوجب الأخذ هنا ، وعلى هذا إذا مات المضطر لعدم أخذه مال الغير أثم لعدم أخذه . ومن لم يوجب الأكل من الميتة ، لم يوجب أخذ مال الغير على المضطر وإذا مات لم يأثم وبهذا قال الحنفية ، فقد قال الإمام السرخسى فى المبسوط : « أن للمضطر أن يأخذ طعام غيره بقله ما تندفع عنه الضرورة به ، ولو لم يأخذ حتى تلف لم يكن مؤخذاً به »^(٤) . ويرجع الخلاف إلى أصل مختلف فيه ، قد أشرنا إليه من قبل ، ومقتضاه هل الاضطرار إلى تناول مال الغير لا يرفع تحريم الأخذ وإنما يرفع الإثم عن الأخذ . أم يرفع الاثمين ؟ . فمن قال برفع الإثم لا التحريم اعتبر الممتنع من الأخذ ممتنعاً من محرم فلا يأثم . ومن رأى أن الاضطرار يرفع التحريم والإثم اعتبر الممتنع آثماً لأنه امتنع عن مباح حتى هلك .

(١) معجم فقه ابن حزم الظاهرى ج ٢ ص ٨٠٦ .

(٢) المغنى لابن قدامة - المرجع السابق ، المجموع للنووى ج ٩ ص ٢٧ .

(٣) المجموع للنووى ج ٩ ص ٤٦ .

(٤) المبسوط للإمام السرخسى ج ٢٤ ص ٧٨ .

ثانياً : إذا بذل صاحب المال ماله للمضطر بضمن المثل ، وجب على المضطر الشراء وأخذه بضمنه ، قال الإمام النووي في المجموع عن هذه الحالة : « والشراء هنا واجب بلا خلاف »^(١) ومعنى ذلك أن امتناعه من الشراء لا يجوز ، وإذا هلك لامتناعه من الشراء أثم لأنه امتنع من واجب — وهو الشراء — يستطيع به دفع الهلاك عن نفسه ، فكان كامتناعه من تناول المباح .

ثالثاً : في الحالات التي يجوز فيها للمضطر أن يقاتل صاحب المال ، كما لو امتنع من بذله له ، هل يجب على المضطر أن يقاتله عليه ليأخذ المال منه . أم يجوز له ذلك ولا يجب عليه ...؟

في المذهب المالكي قرر أنه لا يجب أخذ المال بالقتال ، جاء في الشرح الكبير للدردير : « وقاتل المضطر جوازاً رب الطعام إن امتنع من دفعه »^(٢) وعند الشافعية خلاف . قال النووي فيه : « والأصح هنا أنه يجب الأخذ قهراً ولكن لا يجب القتال ، لأنه لم يجب دفع الصائل فهنا أولى »^(٣) والظاهر أنه موافق لمذهب الحنابلة- كما قال النووي ، لأن عند الحنابلة — كما ذكره صاحب المغني — لا يجب دفع الصائل^(٤) .

شروط أخذ المال قهراً ولو بالقتال :

قلنا فيما سبق أن للمضطر أخذ المال من صاحبه قهراً ولو بالقتال ولا يكون ذلك إلا إذا تحققت الشروط الآتية :

- ١ — أن يمتنع صاحب المال من بذله للمضطر مجاناً أو بالبيع .
- ٢ — أن يكون هذا المال مما تندفع به الضرورة مباشرة .
- ٣ — أن يأخذ المضطر قدر ما تندفع به الضرورة .
- ٤ — لا يجوز للمضطر أن يأخذ متاع الغير ليبيعه ويشترى بضمنه طعاماً ، سواء كان الآخذ خفية أو مغالبة ، لأن أخذ المال هنا لا تندفع به الضرورة مباشرة وعلى ذلك فيعتبر فعله سرقة^(٥) وذلك بخلاف ما لو كان طعاماً يأكله

(١) المجموع للنووي ج ٩ ص ٤٥ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ١١٦ .

(٣) المجموع للنووي ج ٢ ص ٤٣ .

(٤) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٣٣١ .

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٠ .

المضطر ، أو شراباً يشربه ، أو حطباً يحرقه يستدفيء به لئلا يموت من البرد ، أو خيطاً يحيط به جرحه لئلا يموت من تدفق الدم وسيلانه . فكل ذلك يجوز أخذه لأن الضرورة تندفع به مباشرة .

٥ — يشترط كذلك أن لا يكون صاحب المال مضطراً إليه ، لأن اضطرار المالك إلى ماله يجعله أحق به منه . فليس للمضطر الآخر أن يأخذه منه لأن المالك ساواه في الضرورة وانفرد هو بالملك ، فإن أخذه منه المضطر الأول فمات صاحب المال لزمه ضمانه — أي ديته — لأنه تسبب بقتله بغير حق . ولكن لو آثر المالك غيره المسلم المضطر على نفسه كان أحسن لقوله تعالى : « ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة »^(١) وهذا ما تحقق في جرحى غزوة بدر الكبرى .

(١) الآية ٩ سورة الحشر .

المطلب الخامس

في

القاء حمولة السفينة عند الضرورة

من الصور التي يجوز فيها إتلاف المال القاء حمولة السفينة في الماء ، وذلك إذا خيف على السفينة الغرق لثقل حمولتها ، جاز لملاحيها القاء بعض حمولتها في البحر ، وإن كان في ذلك إتلاف للمال . بل يجب الطرح إذا غلب على الظن ضرورة ذلك لنجاة السفينة وركابها . ولا ضمان في المال المطروح وهذا من قبيل القاعدة الفقهية : « إرتكاب أخف الضررين أو أهون الشرين »^(١) وعند الشافعية إذا كان القاءه من قبل صاحبه أو بإذنه فلا ضمان ، فإن لم يكن بإذنه فالضمان على ملقيه من ملاح أو راكب^(٢) . وقال القرافي المالكي صاحب الفروق : الضمان على جميع ركاب السفينة ، لأنهم صانوا بالمال المطروح ما لهم ، والعدل عدم اختصاص أحدهم بالمطروح ، إذ ليس أحدهم أولى من الآخر وهو سبب سلامة جميعهم^(٣) . وهذا الرأي له وجهته وهو ما نرجحه ونميل إليه لأن العدل ظاهر فيه ، كما قال الإمام القرافي ولأن الغرم بالغم .

المطلب السادس : إتلاف الإنسان ماله لوقاية نفسه أو عرضه :

كذلك من الصور التي يجوز فيها إتلاف المال ، دفعه لظالم باغ متغلب وذلك لينجو من بطشه وقتله ، كما يجوز دفع المال لدفع الهلاك عن نفس الغير ، وكذلك قال الفقهاء بأنه : يجوز للمرأة أن تدفع من مالها لمن يريد الزنا بها تخلصاً من فعل الفاحشة وذلك إذا لم تستطع دفعه بغير ذلك . بل ويجب عليها دفع المال إذا تعين طريقاً للنجاة من الزنا . وبذل المال في هذه الأحوال — وهو إتلاف المال — مباح لباذله حرام على آخذه^(٤) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ .

(٢) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ح ٧ ص ٣٤٨ وما بعدها مطبعة بولاق بمصر .

(٣) الفروق للإمام القرافي المالكي ح ٤ ص ٨ .

(٤) قواعد الأحكام للفرز بن عبد السلام ح ١ ص ١٢١ .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

نماذج وأمثلة لحالات الضرورة في القانون

هناك أمثلة كثيرة سبقت في هذا الشأن يمكن أن توضح لنا الحالات التي تقع ويكون الإنسان مضطراً لارتكاب الجريمة ، ولا يعاقبه القانون على ما اقترف من إثم متعللاً بحالة الضرورة التي ألمت به . وقد حصرها بعض الفقهاء في فروض ثلاثة :-

الفرض الأول : أن يرتكب إنسان جريمة على شخص برىء ، وذلك ليدفع بها عن نفسه ضرراً جسيماً تهدد به الطبيعة .

الفرض الثاني : أن يرتكب إنسان جريمة على شخص برىء ، وذلك ليدفع بها ضرراً جسيماً تهدد به الطبيعة نفس إنسان آخر غيره .

الفرض الثالث : أن يرتكب الإنسان جريمة على شخص برىء ، وذلك ليدفع بها ضرراً جسيماً يهدد به أحد الأشخاص إنساناً آخر غيره^(١) .

فالقاسم المشترك في كافة فروض جريمة الضرورة . وكذلك في الإكراه المعنوي ، أن الجريمة تصيب شخصاً بريئاً . ذلك لأنه حين تصيب الجريمة شخصاً آثماً هو مصدر الضرر المدفوع بها ، تعتبر دفاعاً شرعياً سواء عن نفس المدافع أو عن نفس غيره ، والجريمة المباحة للدفاع الشرعي شيء ، والجريمة الناشئة من ضرورة أو إكراه شيء آخر . وفيما يلي أمثلة لفروض جريمة الضرورة .

الفرض الأول : وهو ارتكاب الجريمة على برىء دفعاً لضرر تهدد به الطبيعة نفس مرتكب الجريمة ، فيتوافر له مثال إذا وجد صائدان في قارب يبحر عباب البحر ، وهبت عاصفة أثارت أمواج البحر فصارت تلتطم صاخبة ، ولم يكن بد في سبيل أن ينقذ كل من الصائدين نفسه ، أن يلقي بالآخر في اليم تخفيفاً لحمولة القارب وإنقاذاً له من الغوص والغرق ، فألقى الأقوى منهما بالأضعف في البحر ، إنقاذاً لحياته الشخصية ، ومرتكباً بذلك جريمة قتل .

(١) راجع تفصيل ذلك د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٨٩٦ .

أما الفرض الثاني : وهو إرتكاب الجريمة على برىء دفعاً لضرر تهدد به الطبيعة إنساناً آخر غير مرتكب ، مثاله أن تنزل صاعقة من الجو على مسكن مصنوع من مادة قابلة للإحتراق ، فتشبه الحريق في هذا المنزل أثناء نوم سكانه فيه ويأتى صاحبه من الخارج فيفطن إلى ذلك ، ويهجم على المساكن المجاورة ويختطف منها أشياء ومواداً يستعين بها على إطفاء النار في مسكنه إنقاذاً لحياة من هم بداخله . فهو هنا ارتكب على الجيران الأبرياء جرائم سرقة أو إتلاف ، ولكنه صان بهذه الجرائم نفوس غيره لا نفسه ، ضد أخطار الحريق .

وأما الفرض الثالث : وهو إرتكاب الجريمة على برىء دفعاً لضرر يهدد إنساناً آخر غير مرتكب الجريمة ، ومصدر هذا الضرر فعل للغير ، ومثال ذلك : أن يشعل زيد النار عمداً أو إهمالاً في مسكن بكر ، فيسارع خالد باطفائها منتزعاً بعض الأشياء والمواد من مساكن جيران بكر الأبرياء ، وذلك إنقاذاً لحياة بكر ومن معه في المسكن (١) .

على أن هناك كثيراً من الأمثلة التي تدور حول هذه المعاني ، وكلها تنطبق عليها حالة الضرورة ومثال ذلك : أن تفرق سفينة فيتعلق شخصان بقطعة من الخشب طافية على الماء ، ثم يتبين أنها لا تقوى على حملهما معاً فيبعد أحدهما الآخر عنها وينجو بنفسه ويهلك زميله .

ومنها : أن تشتعل النار في مبنى ، فيندفع شخص بداخل المبنى إلى الفرار خارجاً بسرعة ، فيصيب طفلاً بجراح أو يقتله .

ومنها : أن يقضى الطبيب على الجنين وذلك إنقاذاً لحياة أمه في ولادة متعسرة .

ومنها : أن يشهد شخص بناء حاصرت فيه النيران سكانه فيحطم باب مسكن مجاور ويستولى على الماء المملوك لحائزته ويستعمله في إطفاء الحريق .

ومنها : أن يجري ممرض عملية جراحية لشخص يهدده الموت في ظروف يستحيل فيها الاستعانة بطبيب (٢) .

(١) د . رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٨٩٧ .

(٢) د . محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات - القسم العام ص ٥٨٤ .

ومنها : الشخص الذي يرتكب فعلاً فاضحاً مخلاً بالحياء العام ، وذلك بالظهور عارياً في الطريق العام ، بسبب حصول حريق في منزله واضطراره إلى الخروج على هذه الحالة .

ومنها : الطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض تلجئه إليها ضرورة وقاية مريض من خطر جسم حال يهدد حياته دون أن يحصل على رضاه هذا المريض .

ومنها : الشخص الذي يقوم بتكسير باب منزل وإتلافه والدخول عليهم دون إذن وذلك لتنجية من تحصرهم النيران بسبب حريق بالداخل^(١) .

كذلك من الأمثلة التي بتطبيق عليها حالة الضرورة ، ما إذا سرقت امرأة شيئاً ما وهي حامل ، وذلك لكي تشبع في نفسها حاجة إلى هذا الشيء تحركت في نفسها عند رؤيتها له ، وكان ذلك بدافع الخشية على كيان الجنين المستكن في بطنها ، والخوف من أن يجيء تكوينه معيباً لو أنها تركت تلك الحاجة دون إشباع ، فإن على القاضي أن يحكم ببراءتها إذا ما ثبت لديه أن تلك المرأة كان ذلك الاعتقاد فعلاً وقت السرقة . وهناك حكم مشهور صدر من محكمة فرنسية . هذا الحكم قضى ببراءة أم سرقت من واجهة أحد المخازن رغيف خبز ، ولم تكن تناولت طعاماً في اليومين السابقين في حين أنها كانت ترضع طفلها ، وأيدت محكمة الاستئناف ذلك الحكم . ولكنها أسست البراءة على انتفاء القصد الجنائي . الأمر الذي أخذ عليه الخلط بين القصد والباعث ، وقد كان من الأصوب أن تبنى البراءة على حالة الضرورة التي وجدت فيها هذه المرأة^(٢) . كذلك يعتبر في حالة ضرورة من توهم حدوث الخطر فارتكب جريمة انقضاء لهذا الخطر الذي لم يحدث متى كان التوهم مبنياً على أسس مقبولة . ومن قبيل ذلك : أن يأخذ شخص في عبور أحد الأنهار سباحة ، فتفاجئه عاصفة تصطخب بسببها مياه النهر مهددة إياه بالغرق ، فيلوذ بجزيرة في وسط النهر عليها كوخ مملوك لغيره ، ويخيل إليه أن مياه النهر ترتفع بسبب العاصفة وتهدد بالطغيان على الجزيرة واكتساح الكوخ ومن فيه ، فينتزع من الكوخ أعواداً وأخشاباً ويصنع منها قارباً ليستعين به على العبور عند الطوفان متلفاً

(١) د . محمود محمود مصطفى في القسم العام من قانون العقوبات ص ٢٢٧ .

(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للجريمة ص ٩٠١ .

بذلك الكوخ ، غير أن الطوفان المرتقب لا يحدث . ففي هذه الحالة تعتبر جريمة إتلاف مال الغير وإقعة في حالة ضرورة ، رغم أن الفيضان الذى تصور الفاعل أنه وشيك الوقوع لم يتحقق فعلاً^(١) .

كذلك من الحالات التى ينطبق عليها حالة الضرورة . أن يفشى الإنسان سراً أو تمن عليه بحكم مهنته وذلك لإنقاذ متهم برىء .

ومنها : أن يقتحم شخص مسكن غيره ويحتمى به هرباً من مطاردين يتعقبونه يريدون قتله .

ومنها : أن يدفع شخص غيره لينقذه من سيارة مسرعة تؤشك أن تدمره ولكنه يصاب بجروح نتيجة هذه الدفعة القوية^(٢) .

كذلك من هذه الأمثلة : أن يتسلق اثنان على جبل مرتفع بواسطة حبل ، ويحس أحدهما بأن هذا الحبل سينقطع لو ظل متحملاً ثقلهما معاً . فيلقى بالآخر من شاهق ليتفادى تمزق الحبل وينفرد بالنجاة .

كذلك منها : طالب الطب فى قرية ليس بها أطباء يجرى عملية جراحية عاجلة لإنقاذ حياة مريض^(٣) .

وهناك أمثلة كثيرة على القوة القاهرة مثل : أن يحدث انهيار جبلى جليدى يوقف قطاراً به مجند فلا يمكنه التقدم إلى مكتب التجنيد فى الوقت المحدد . ومنها : أن تهب ريح عاتية تقذف بعامل من واجهة المنزل فيسقط على إنسان بالطريق مما يؤدى إلى وفاة الأخير .

ومنها : أن تمنع حالة فيضان شاهداً أعلن طبقاً للقانون من المشول أمام المحكمة لأداء الشهادة^(٤) .

على أن هناك أمثلة للحادث المفاجئ مثل : أن يصاب سائق سيارة بإغماء مفاجئ لا يرتبط بحالة مرضية سابقة ، ولا بظواهر سابقة تنذر به ، فيفقد السيطرة على سيارته مما يتسبب فى وقوع حادث على الطريق .

(١) المرجع السابق ص ٩٠٣ .

(٢) د . عوض محمد فى قانون العقوبات — القسم العام ص ٤٩٨ .

(٣) د . السعيد مصطفى السعيد فى الأحكام العامة من قانون العقوبات ص ٤١٨ .

(٤) د . يسر أنور على فى شرح قانون العقوبات — أصول النظرية العامة طبعه سنة ١٩٨٤ ص ٣٥٠ .

ومنها : أن يقع ظفل فجأة من شرفة أحد المنازل أمام عجلات سيارة بالطريق العام فتدمه فيموت .

ومنها : أن يقود سائق سيارة متبعاً كافة الاحتياطات التي ينص عليها القانون وتفرضها العادات ، ثم يقطع الطريق أمامه فجأة وعن قرب قائد دراجة في حالة سكر ، بحيث يستحيل على السائق أن يوقف السيارة فيصدمه^(١) .

المقارنة بين الشريعة والقانون في تطبيقات ونماذج لحالات الضرورة :

وبعد أن استعرضنا بعض النماذج والتطبيقات التي سبقت في حالة الضرورة سواء كان ذلك في شريعة السماء أو افترضها فقهاء القانون الوضعي من محض خيالهم ، نلاحظ مدى التشابه والتقارب إلى حد كبير بين هذه النماذج وتلك وربما تكون متحدة تمام الاتحاد في بعض الصور والحالات ، نظراً لكثرة وقوع هذه الحالات وانتشارها في الوقت الحديث وفي كل وقت ومع ذلك يوجد هناك بعض الفوارق بين النظامين تتمثل في :-

أولاً : من ناحية المصدر :

فمصدر النماذج والتطبيقات التي وردت في الشريعة الإسلامية ، إما كتاب الله تبارك وتعالى وإما سنة نبيه ﷺ ، وإما إجماع الأمة ، أو القياس والاجتهاد المستند إلى روح التشريع الإسلامي ، ففي المبحث الأول مثلاً وهو : الاضطرار إلى قول الباطل نجد أن سنده في كتاب الله تعالى قوله تعالى : « من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان »^(٢) وقوله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »^(٣) وفي المبحث الثاني وهو : الاضطرار إلى تناول المحظور من مطعوم أو مشروب ، نجد أن سند ذلك الكثير من الآيات في كتاب الله تعالى ومن ذلك قوله : « إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم »^(٤) وقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا

(١) المرجع السابق ص ٣٥٣ .

(٢) الآية ١٠٦ سورة النحل .

(٣) سبق تخريجه . سبل السلام ح ٣ ص ٢٣٢ كتاب الطلاق .

(٤) الآية ١٧٣ سورة البقرة .

ما اضطررتم إليه ...»^(١) وقوله تعالى : « فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم »^(٢) وغير ذلك الكثير والذي ذكر من قبل ، وفي المبحث الثالث وهو : الاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها في حالة المرض ، نجد أن سند ذلك قوله تعالى : « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم » وقوله تعالى في الآية التالية : « وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها . الآية »^(٣) فقد حرم الإسلام النظر سواء إلى عورة الرجل أو النظر إلى عورة المرأة ومع ذلك أبيح النظر في حالة الضرورة بالأحاديث الكثيرة التي وردت عن النبي ﷺ ومثاله ذلك في الحديث الذي رواه أنس بن مالك قال : كان رسول الله ﷺ يغزو بأمر سليم ونسوة من الأنصار يسقين الماء ويداوين الجرحى^(٤) وأحاديث كثيرة وردت في صحيح البخاري وصحيح مسلم تؤكد ذلك وقد مر ذلك من قبل . أما الاضطرار إلى اتلاف النفس وهو ما ورد في المبحث الرابع من هذا الفصل فسنده قوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم إن الله فكان بكم رحيماً »^(٥) وكثير من الآيات التي وردت في كتاب الله تحرم قتل النفس وتشدد على ذلك مثال ذلك قوله تعالى : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها ... »^(٦) والأحاديث الكثيرة جداً في السنة النبوية المطهرة ومع ذلك فعند الضرورة يباح ذلك وأساسه في ذلك الكتاب والسنة وإجماع الأمة . فقال تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم »^(٧) والحوادث الكثيرة التي وردت في عهد المصطفى ﷺ وصحابته الغر الميامين والتي تبيح قتل الصائل المعتدى وقاعدة : « إذا دار الأمر بين محظورين يرتكب أحف الضررين ، وأما ما ورد في المبحث الخامس : وهو الاضطرار إلى ارتكاب الفاحشة فأساسه قول المولى تبارك وتعالى : « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ومن

(١) الآية ١٦٩ سورة الأنعام .

(٢) الآية ٣ سورة المائدة .

(٣) الأيتان ٣٠ ، ٣١ سورة النور .

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٢٤٠ .

(٥) الآية ٢٩ سورة النساء .

(٦) الآية ٩٣ سورة النساء .

(٧) الآية ١٩٤ سورة البقرة .

يكرهن فإن الله من بعد اكرههن غفور رحيم» (١) وحديث «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» والحوادث الكثيرة التي حدثت في عهد صحابة رسول الله ﷺ أما المبحث السادس وهو : الاضطرار إلى أخذ المال أو اتلافه فأساسه الأحاديث الكثيرة التي وردت عن رسول الله ﷺ ومثال ذلك قوله : «من قاتل دون ماله فقتل فهو شهيد» (٢) والحوادث التي حدثت في عهد رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة ومنهم عمر في هذا المبحث شاهد كثير على ذلك .

فنخلص من ذلك إلى أن هذه الحالات والتي يباح فيها الفعل المحرم مصدرها كتاب الله وسنه ورسوله ﷺ وإجماع أمته على ذلك والقواعد التي استنبطها الفقهاء المحتدون والتي توافق روح التشريع الإسلامي .

أما النماذج التي جاءت في كتب فقهاء القانون الوضعي فهي محض افتراض ، وإذا قيل أنها مطابقة للنص القانوني فهو كذلك غير معصوم لأنه من وضع البشر وصنعة المخلوق تمثل في صفته ، هذا إذا لم تكن مأخوذة ومستوحاة من شريعة السماء كما بينت آنفاً .

ثانياً : من ناحية النشأة :

لم تكن الشريعة الإسلامية قواعد قليلة ثم كثرت ، ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت ، ولا نظريات أولية ثم تهذبت ، ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية ثم سايرت تطورها ونمت بنموها ، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة لا ترى فيها عوجاً ولا تشهد فيها نقصاً (٣) أنزلها الله تعالى من سمائه على قلب رسوله محمد ﷺ في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها ، فترة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته ويقول الله تعالى : «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً» (٤) وهذا بخلاف القانون الذي يتطور بتطور الزمن ويزداد كلما

(١) الآية ٣٣ سورة النور .

(٢) سنن النسائي ج ٧ ص ١١٤ .

(٣) المرحوم عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ١٤ ، ١٥ .

(٤) الآية ٣ سورة المائدة .

زادت الجماعة فهو كالوليد ينشأ صغيراً ضعيفاً ، ثم ينمو ويقوى شيئاً فشيئاً حتى يبلغ أشده ويسرع في التطور والنمو والسمو كلما تطورت الجماعة التي يحكمها فهو إذن قابل للتعديل والتغيير والتطور .

فالشريعة الإسلامية امتازت بالكمال والسمو والدوام والأصالة ورفع الحرج ودفع المشقة وملائمتها لحاجة البشر في كل زمان ومكان بعيدة عن التغيير والتبديل والتحريف وجامعة لكل احتياجات البشر على مر الأزمان والعصور « لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد » (١) .

ثالثاً : من ناحية الاستدلال والسند :

فكلما كان الأمر أو الحكم مؤسساً على دليل أو معتمداً على سند كان الأمر أوقع في النفس وأبعث على الإطمئنان وأرجح للقلب وهذا ما يتوافر في النماذج الشرعية بخلاف الافتراضات القانونية . والله المستعان وعليه التكلان .

(١) الآية ٤٢ سورة فصلت .

الفصل الخامس

في

الفرق بين حالة الضرورة وغيرها من الحالات المشابهة
وفيه :

- المبحث الأول : الفرق بين حالة الضرورة والدفاع الشرعي في القانون .
- المبحث الثاني : الإكراه وحالة الضرورة في القانون .
- المبحث الثالث : القوة القاهرة والحادث الفجائي في القانون .
- المبحث الرابع : تجاوز حالة الضرورة في القانون .
- المبحث الخامس : الفرق بين حالة الضرورة والإكراه في الشريعة الإسلامية .
- المبحث السادس : في اثبات حالة الضرورة في الشريعة والقانون .
- المبحث السابع : في حكم الضرورة في الشريعة والقانون .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المبحث الأول في

الفرق بين حالة الضرورة والدفاع الشرعي في القانون

فرق الفقهاء بين حالة الضرورة وحالة الدفاع الشرعي من عدة وجوه هي :-

١ - اشترط القانون لقيام حالة الضرورة - كما ورد في المادة ٦١ عقوبات - ألا يكون لإرادة المظطر دخل في حلول هذا الخطر . بمعنى أنه لا يجوز لشخص ما أن يفلت من عقوبة الجريمة باصطناع حالة الضرورة وهذا ما يعبر عنه الشرعيون بقولهم : إن الرخص لا تناط بالمعاصي . بخلاف الدفاع الشرعي ، فالدفاع لا يمتنع ولو كان للمدافع يد فيما وقع عليه من عدوان . ولهذا جاز للزوجة الزانية وشريكها ممارسة الدفاع الشرعي ضد الزوج إذا ضبطهما وهما في حالة تلبس بجريمة الزنا وشرع في قتلها ولو أن مسلكهما الشائن هو الذي استفذه ودفعه للعدوان ، وكذلك جازت ممارسة الدفاع للمعتدى ضد المدافع إذا أفرط في دفاعه وبلغ به مدى يجاوز ما يقتضيه رد العدوان^(١) وعلّة التفرقة في الحكم بين الضرورة والدفاع الشرعي واضحة ؛ لأن فعل المظطر يصيب بريئاً ، أما المدافع فيصيب معتدياً ، والبريء أولى بالتحوط والرعاية ، فكان التشدد في شروط الضرورة ألزم .

٢ - يلزم لوجود جريمة الضرورة ، أن تهدف إلى درء خطر على النفس . إذ ينتفى فيها وصف الضرورة ويستحق عنها العقاب إذا كانت تدفع ضرراً تهدد المال . وذلك بخلاف الدفاع الشرعي فجائز سواء لدفع جريمة تهدد النفس أم لدفع جريمة تهدد المال .

٣ - مصدر الضرر المدفوع بجريمة الدفاع هو دائماً إنسان باغ ، أما مصدر الضرر المدفوع بجريمة الضرورة فقد يكون فعل الطبيعة .

٤ - يجب لتوافر جريمة الضرورة أن يكون الضرر المدفوع بها والمهدد للنفس - كما قلنا - ضرراً جسيماً ، فإن كان ضرراً طفيفاً انتقت في الجريمة

(١) د . عوض محمد في قانون العقوبات - القسم العام ص ٥١٠ .

التي تدفعه صفة الضرورة ، وأما جريمة الدفاع الشرعى وهى تصيب — كما
بيننا — إنساناً باغياً ، فجائزة لدفع الضرر الإجرامى الذى يهدد به هذا الباغى
حتى ولو كان ضرراً طفيفاً^(١) .

هـ — الدفاع الشرعى يمحو عن الفعل وصف الجريمة فيغدو مباحاً . أما
حالة الضرورة فلا تنفيه ، بل يظل الفعل محتفظاً بوضعه وإن امتنع مسؤليته
أو امتنع عقابه أى فاعله وإذا اكتملت شروط الضرورة فى جانب شخص
فتكتمل فى جانب المساهمين معه غالباً^(٢) .

(١) د . رمسيس بهنام فى النظرية العامة ص ٨٩٦ هامش (١) .

(٢) د . عوض محمد المرجع السابق ص ٥١٩ .

المبحث الثاني في

الإكراه وحالة الضرورة

تعريف الإكراه وأنواعه :

الإكراه في معناه العام هو حمل الغير على إتيان ما يكره ، أما في المجال الجنائي فله معنى أخص ، إذ يراد به حمل الغير على إتيان فعل ما يعتبر هذا الفعل جريمة سواء تمثل ذلك في صورة فعل أو امتناع^(١) والإكراه نوعان ، مادي ومعنوي ، فأما المادي فيقع في الغالب على جسم الغير ويعطل دائماً إرادته ، وأما الإكراه المعنوي « الأدبي » فينصب أساساً على معنويات الغير ويحد كثيراً من حرية إختياره ، واختلاف النوعين في الطبيعة يقابله اختلاف في الحكم القانوني . فالأول مانع من قيام الجريمة ، والثاني مانع من موانع العقاب أو المسؤولية ونظراً لأن هناك تقارب في الحكم بين حالة الإكراه وحالة الضرورة فإننا بإذن الله تعالى سنقوم بتعريف كلا القسمين مع بيان أوجه الاتفاق والاختلاف فيما بينهما :

الإكراه المادي :

يسمى هذا النوع من أنواع الإكراه بالقهر المادي وهو : « قوة مادية صادرة عن عنف إنساني لا يقاوم ويستحيل معها كلية أن تتوافق سلوك الخاضع لها مع القانون . فهي قوة لإنسان تخضع الفرد « المكروه » لنشاط عضوي مادي فيغلب هذا الأخير مجرد أداة طبيعة بلا إرادة تسخر كالجماد في تحقيق واقعة إجرامية »^(٢) وعلى ذلك فإن عناصر الإكراه المادي هي :

أولاً : أن تكون القوة أو الإكراه صادرة من إنسان . وبذا يتميز الإكراه المادي عن القوة القاهرة حيث يكون مصدر القوة فعل الطبيعة . وحالة الضرورة فإن فعل الطبيعة تكون مصدر القوة في إحدى صورها .

(١) د . عوض محمد . قانون العقوبات - القسم العام ص ٥٢٤ .

(٢) د . يسر أنور على في أصول النظرية العامة طبيعة سنة ١٩٨٤ ص ٣٥٥ .

ثانياً : أن تكون القوة مادية ، فالإكراه يجب أن يكون صادراً عن عنف عضوى يخضع له جسم الإنسان . فهذه الصورة من الإكراه فقط هي التي تمحو الإرادة كلية وبصفة مطلقة . وذلك على عكس الإكراه المعنوى أو الأدنى حيث إن نفسية الإنسان ومعنوياته لا يمكن أن تخضع للسيطرة الخارجية بصفة مطلقة ، بل يظل للإنسان مجال ولو ضيق الاختيار حتى مع أشد صور الإكراه المعنوى جسامة وذلك بين التضحية أو الخضوع^(١) .

ثالثاً : يجب أن تكون القوة المادية غير ممكن دفعها أو تجنبها ، أى أن تكون على درجة من الجسامة تكتسح معها كل نشاط عضوى للفرد الذى يبدو أنه الفاعل . ومن أمثلة هذا النوع من الإكراه ، أن يقوم مجرم بتقييد عامل مناورة بالسكك الحديدية فيستحيل عليه ممارسة عمله ، ويترتب على ذلك اصطدام قطارين وإصابة الركاب . وكذلك من يرغم إنسان بقوة من يده شخصاً آخر على الضغط بأصبع يده على زناد مسدس فتنتقل منه رصاصة تصيب ثالثاً .

وعلى ذلك فإن الإكراه المادى يعتبر كالقوة القاهرة يقطع رابطة السببية بين سلوك الفرد والنتيجة الإجرامية ، وبالتالي تنعدم فى حقه الجريمة^(٢) . حيث إن الفرد الخاضع للإكراه يغدو مجرد أداة أو وسيلة لإرتكاب الواقعة محل التجريم . وإذا كان يبدو فى الظاهر أنه مرتكب الجريمة ، لكنه ليس فى الواقع كذلك ، إذ أنه مجرد أداة فى يد مصدر الإكراه الذى يعد الفاعل الحقيقى للجريمة . ولذا فإن المكره يمكنه أن يحاول دفع هذا الإكراه مستخدماً حينئذ حقه فى الدفاع الشرعى .

الإكراه المعنوى :

يراد بهذا النوع من أنواع الإكراه المعنوى أو الأدنى بضغط يقع على إرادة الشخص فيحد كثيراً من حرية اختياره ويدفعه إلى ارتكاب أمر يعد فى نظر القانون جريمة^(٣) أو يراد به : « ضغط شخص على إرادة شخص آخر لحملة

(١) المرجع السابق .

(٢) د . سر أنور على فى النظرية العامة لقانون العقوبات ص ٣٥٦ .

(٣) د . عوض محمد . قانون العقوبات ص ٥٢٨ .

على توجيهها إلى سلوك إجرامي^(١)؛ ومن ثم كان أهم ما يميز الإكراه المعنوي أمرين: صدوره عن إنسان، وصدوره بقصد الحمل على فعل أو امتناع معين. وينقص الإكراه المعنوي من حرية الاختيار، ذلك أنه ينذر بشر أن لم يوجه الخاضع له إرادته إلى السلوك المطلوب منه. ومن أمثلة ذلك: تهديد أم بقتل ولدها إن لم تتمكن من هدها بالزنا بها. أو من أن تسرق مالا مملوكاً لزوجها، وكذلك تهديد شخص بالتعذيب إن لم يقوم بتزييف عمله متداولة، وتهديد الطبيب بالقتل إن لم يقوم بإجهاض امرأة. وكافة ألوان التهديد. فإذا رضخ الشخص للتهديد الواقع عليه فازتكب ما أمر به أو سعى للخلاص من الخطر الذي دهمه فازتكب فعلاً محرماً فإنه يكون في حالة إكراه معنوي والفرق واضح بين الإكراه المادى والإكراه المعنوي، فالأول يشل إرادة المكرة تماماً ويجعله مجرد أداة مسخرة في يد القوة الملجئة، فهو في واقع الأمر لا يتصرف بنفسه وإنما تتصرف تلك القوة فيه. أما الإكراه المعنوي فلا يححو إرادة المكرة، بل يظل إرادته قائمة رغم ما يقع عليها من ضغط، والنشاط الذي يصدر عنه تحت الإكراه لا يتجرد من صفة الإرادية، بل يعتبر نابعاً عن إرادته، فهو نشاط ينتمى إليه مادياً ومعنوياً^(٢). على أن هناك صلة قوية بين الإكراه المعنوي وحالة الضرورة فهما يتفقان في أن الجاني لا يجد سبيلاً للخلاص من الشر المحدق به إلا بسلوك سبيل الجريمة، وكذلك تتفق الضرورة مع الإكراه المعنوي من حيث الأثر في نفس الشخص وعلى هذا الوجه يدخل الإكراه في معنى الضرورة بمعناها العام^(٣) حتى أن البعض علل انتفاء المسؤولية في حالة الضرورة بفكره الإكراه المعنوي، فمن يوجد في حالة ضرورة هو مكره على الفعل الذي يخلصه منها. وكثير من الفقهاء يقرنون الإكراه المعنوي بحالة الضرورة^(٤)، على أن هناك اختلافاً بين حالة الضرورة والإكراه المعنوي يتمثل في أن الخاضع للإكراه المعنوي يحدد له السلوك المطلوب منه كي يتفادى الخطر المهدد به، بخلاف من يوجد في حالة ضرورة لا يحدد له ذلك، بل عليه أن يلحظ الظروف المحيطة به ويتصور وسيلة اجتناب الخطر^(٥). كذلك تختلف

(١) د. محمود نجيب حنى شرح قانون العقوبات - القسم العام ص ٥٨٣.

(٢) د. عوض محمد في قانون العقوبات ص ٥٢٩.

(٣) د. السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٤١٧.

(٤) المرجع السابق، د. محمود محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات - القسم العام ص ٣٢٦.

(٥) د. محمود نجيب حنى في القسم العام ص ٥٨٥.

حالة الضرورة عن الإكراه المعنوي بأن حالة الضرورة تتمثل في فعل الطبيعة ،
بينما الإكراه المعنوي لا يمكن إلا أن يكون فعلاً لإنسان ومن ناحية ثالثة فإن
جريمة المكره تهدف إلى درء ضرر يهدد المكره شخصياً ، وأما جريمة الضرورة
فقد يسعى بها فاعلها إلى درء ضرر لا يهدده شخصياً وإنما يهدد الغير . ومن
ناحية رابعة فإنه حين يكون مصدر الضرر المدفوع بجريمة الضرورة فعلاً
لإنسان ، يتعين أن يكون هذا الفعل موجهاً إلى الغير الذي ارتكبت الجريمة
دفعاً للضرر عنه لأنه إذا كان موجهاً إلى فاعل الجريمة نفسه ، تكون به إكراه
معنوي^(١) فهذه أوجه أربعة للخلاف بين الإكراه المعنوي وحالة الضرورة .
على أن القاسم المشترك في كافة فروض جريمة الضرورة وكذلك في الإكراه
المعنوي هو أن الجريمة تصيب شخصاً بريئاً . ذلك لأنه من تصيب الجريمة
شخصاً أثيماً هو مصدر الضرر المدفوع بها . تعتبر دفاعاً شرعياً .

(١) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للتعريم ص ٨٩٧ .

المبحث الثالث
في

القوة القاهرة والحادث الفجائي

هناك بعض الحالات التي تتشابه وحالة الضرورة في وجود فعل يفضى إلى جريمة ولكن لا يعاقب الإنسان إذا ما اقترف هذا الفعل المجرم ، وذلك لسبب قهري يوجد فيه الإنسان ولا دخل له فيه . من هذه الحالات ما يسمى بالقوة القاهرة والحادث الفجائي . وقد حدث خلاف في الفقه الجنائي حول هاتين الظاهرتين . فمنهم من ذهب إلى أن هذه القوة القاهرة إنما تؤثر على مجموعة العناصر المادية التي يمكن أن تحقق الواقعة المعاقب عليها . ذلك أن موضوع القوة القاهرة أو محلها هو النشاط المادي أو العضوي للإنسان ، فتقود هذه القوة الإنسان إلى ارتكاب الواقعة كمجرد أداة أو آلة حيث إن جهازه العضوي لم يعد أكثر من ذلك . ومن ثم فلا وجه لأن ينسب إلى الفرد حيثذ أى فعل لم يكن في مقدوره تجنبه ، فتزول رابطة السببية المادية ، كما يزول في الواقع السلوك الإرادى المعبر عن شخصية الفرد بمعنى أنه ينعدم الركن المادى وتتفنى الجريمة^(١) . في حين يذهب فريق آخر ويعلل ذلك بانتفاء الركن المعنوى للجريمة حيث إن هذه العوامل تجعل الجريمة صادرة من جسم إنسان بدون أن تكون منبعثة من نفسه . فهي تستخدم الجسم كأداة بدون إرادة من صاحبه ، ومن ثم تنفى صلة السببية بمعناها القانونى لا بمعناها المادى ، بين ذلك الجسم وبين الحادث الذى وقع ، فيعتبر هذا الحادث واقعاً بغير أن يكون صاحب الجسم هو الذى أنشأ خطره وقوعه^(٢) ويذهب إلى أن انتفاء الركن المعنوى يكون مقصوداً به : « انتساب الحادث محل التجريم إلى جسم إنسان ما ، دون أن ينتمى هذا الحادث بأية كيفية أو بأى وجه إلى نفسية ذلك الإنسان . فلا هو موضوع قصد منها ، ولا هو وليد إهمال من جانبها ، ولا هو ثمرة لقصدتها المتعدى^(٣) فهي تجعل مادة الجريمة صادرة من إنسان ما جسيماً دون أن تكون منبعثة منه نفسياً ومن هذه العوامل القوة القاهرة والحادث الفجائي .

(١) د . يسر أنور على في شرح قانون العقوبات ص ٣٥٠ .

(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للتجريم ص ٨٨٦ .

(٣) المرجع السابق ص ٨٨٧ .

تعريف القوة القاهرة :

القوة القاهرة هي ذلك السبب الأجنبي أو القوة الخارجية الطبيعية التي يخضع لها الإنسان لا محالة ، ولا يمكنه دفعها أو مقاومتها وتسخره في ارتكاب فعل أو امتناع (١) وعلى ذلك ، فإن القوة القاهرة تتصف أولاً بأنها قوة غير آدمية وقد تكون قوة طبيعية أى من فعل الطبيعة كالمواصف والصواعق والزلازل ، أو قد تكون فوق فهم البشر كتلك القوة الخفية أو الغامضة التي مازالت تستعصى على المعرفة والخبرة الإنسانية ، وهي التي تفسر علمياً عادة بأنها من قوى الطبيعة . وتتصف القوة القاهرة بأنها قوة مادية . وحيث يستحيل دفعها ويمكن أن تطفئ على أية مقاومة للفرد . وتعرف كذلك بأنها : « عامل طبيعي غير إنساني ، يتميز بالنف أكثر مما يتصف بالمفاجأة ، ويسخر جسم الإنسان في انتاج حدث يعتبر إجرامياً لو كان الذي حققه إنسان » (٢) ومن هذا القبيل ، أن تهب عاصفة ثلجية هوجاء ، سواء بمقدمات أو بدون مقدمات فتجرف في طريقها جسم إنسان على سفح الجبل ، وتلقى به على آخر يقع صريعاً من جراء ذلك . أو أن تهب ريح عاتية تقتلع حاملاً كان عليه مصباح مضيء بنبه المارة إلى وجود حفرة في الطريق ، فيتحطم المصباح وينطفئ ضوءه ويقع بعد ذلك أحد المارة في الحفرة أثناء الظلام فيموت أو يصاب بجروح .

تعريف الحادث المفاجيء :

يراد بالحادث المفاجيء عامل طارئ يتميز بالمفاجأة أكثر مما يتصف بالنف ، يجعل جسم إنسان أداة لحدث إجرامي معين ، دون أى اتصال إرادى بين هذا الحدث وبين نفسية ذلك الإنسان ، ويستوى في ذلك العامل أن يكون ظاهرة طبيعية أم فعلاً لإنسان (٣) فالحوادث المفاجيء يتميز عن القوة القاهرة بأن صفة المفاجأة فيه غالبية على صفة النف ، وبأنه يكون فعل إنسان ، بينما القوة القاهرة يراد بها دائماً فعل الطبيعة ومثال ذلك : أن يصاب سائق سيارة بإغماء مفاجيء لا يرتبط بحالة مرضية سابقة ولا بظواهر سابقة تنذر به ، فيفقد

(١) د . سر أنور هل . شرح قانون العقوبات - النظرية العامة ص ٣٤٨ .

(٢) د . رمسيس بيهام في النظرية العامة للجريمة ص ٨٨٧ .

(٣) المرجع السابق .

السيطرة على سيارته مما يتسبب في وقوع حادث على الطريق . أو أن يقود سائق سيارة متبعاً كافة الإحتياطات التي تنص عليها القوانين وتفرضها العادات ، ثم يقطع الطريق أمامه فجأة وعن قرب قائد دراجة في حالة سكر بحيث يستحيل على السائق أن يوقف السيارة فيصدمه .

هذا ويتفق الحادث الفجائي مع القوة القاهرة في أن ما ينتج عنهما لا يلغى عبؤه على أحد ، وذلك على خلاف صورة الإكراه المادي . فالمسئولية تقع على عاتق المكره لا على المكره . كذلك يختلف الحادث الفجائي عن الإكراه المادي والقوة القاهرة ، في أن الشخص هنا يباشر نشاطاً ولكنه نشاط غير جنائي لأنه غير إرادي^(١) . وهنا يشترط لعدم قيام المسئولية لانتفاء الخطأ :

أولاً : أن لا يكون من الممكن التبصر بالحادث الفجائي فهو لا يكون فجائياً إلا إذا كان كذلك .

ثانياً : لا ينتفى الخطأ إلا إذا لم يكن من المستطاع للشخص المتوسط في نفس الظروف أن يتفادى ما وقع ..

ومن البديهي أنه في كل الحالات السابقة — سواء القوة القاهرة ، أو الحادث المفاجيء أو القهر المادي — لا تتوافر على عاتق المتهم أية مسئولية جنائية ولا حتى المسئولية المدنية . فالمادة ١٦٥ من القانون المدني تنص على أنه : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يدل فيه ، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر » .

في حين أن إعفاء الجاني من المسئولية الجنائية عن جريمة الضرورة لا يقتضى إعفاءه إطلاقاً من المسئولية المدنية في مواجهة المضرور من الجريمة^(٢) فتنص المادة ١٦٨ من القانون المدني : « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً » .

(١) د . محمود محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات ص ٣٢٥ .

(٢) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة ص ٤٢٧ .

المبحث الرابع

في

تجاوز حد الضرورة

يقع التجاوز حين يرتكب الجاني - وهو يدفع الخطر - فعلاً أشد مما يقتضيه المقام . وشدة الفعل إما أن تتعلق بكيفية أو بكمه ، أى بنوعه أو مقداره .

ومثال التجاوز النوعي أن يدفع الجاني الخطر بالقتل وكان في وسعه أن يدفعه بإتلاف مال أو بالمساس بسلامة البدن ، أما تجاوز المقدار فمثاله أن يقتل عدة أشخاص وكان قتل واحد يكفي (١) وهذا يعتبر إخلالاً بشرط التناسب الذي ذكرناه آنفاً حينما بينا أن المراد بالتناسب : « أن تكون الجريمة المرتكبة أهون ما كان يمكن للفاعل أن يرتكبه بحسب ما كان في متناوله من الوسائل (٢) ولكن إذا حدث إخلال بشرط التناسب ، بمعنى لو استخدم الفاعل وسيلة إجرامية أشد ، وكان في وسعه أن يدرأ الضرر المخوف وقوعه بوسيلة أخف يكون هنا قد حدث تجاوز . والواقع أن الإخلال بشرط التناسب هذا أو التجاوز في الحد ، لم يعالجه واضع القانون المصري اللهم إلا في حالة الدفاع الشرعي فقد وضع لهذه الحالة المادة ٢٥١ عقوبات وهي خاصة بتجاوز حدود الدفاع الشرعي . وحتى في هذه المادة ، لم يبين واضع القانون المصري ما إذا كانت الجريمة المتجاوزة لحدود الدفاع عمدية في نظره أم غير عمدية ، ولو أنه قرر لها عقوبة أخف من تلك التي تستحق عنها أصلاً (٣) بخلاف واضع القانون الايطالي ، فقد عالج الإخلال بشرط التناسب في نص عام لا يقتصر حكمه على الدفاع الشرعي وإنما يشمل كذلك حالة استخدام الحق وجملة أداء الواجب وحالة الضرورة ، وهو نص المادة ٥٥ عقوبات ايطالي . ويقرر هذا النص على عائق فاعل الجريمة المخلة بشرط التناسب في حالة الضرورة ، مسئولية عن جريمة غير عمدية ، وشروط ذلك ألا يكون قد حدث تعدد لحالة الضرورة من حيث حدها المعنوي أي قصد مواجهة الضرورة ، وأن يكون التعدي حادثاً في الحد

(١) د . عوض محمد في قانون العقوبات - القسم العام ص ٥٢٣ .

(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة ص ٩٠٧ .

(٣) المرجع السابق .

المادى وحده أى فى نطاق الوسيلة المستخدمة لدرء الخطر المخوف . أما إذا حدث التجاوز بقصد آخر يختلف عن قصد مواجهة الضرورة . فتعتبر الجريمة الحادثة جريمة عمدية^(١) ، وإذا كان واضع القانون المصرى أغفل بيان حكم التجاوز فى حالة الضرورة ، فمعنى هذا الرجوع إلى القواعد العامة ، ولا مانع من تطبيق حكم الدفاع الشرعى فى مسألة التجاوز الواردة فى المادة ٢٥١ عقوبات ، على التجاوز فى فعل الضرورة وذلك من باب القياس ، لا سيما أن المقام مقام تخفيف لا ضمير فيه من القياس ، وليس مقام تجريم يصطدم فيه القياس بمبدأ الشرعية ، وذلك من باب التقارب الشديد بين الضرورة والدفاع الشرعى ، فيبرر القول بالتسوية بينهما فى حكم التجاوز من باب القياس ، ويترتب على ذلك أنه إذا تعدى المضرر بنية سليمة حد الضرورة دون أن يكون قاصداً لإحداث ضرر أشد مما يستلزمه دفع الخطر ، وجب على القاضى — إذا كان الفعل جنائياً — أن يعده معذوراً وأن يحكم عليه بالحبس بدلاً من العقوبة المقررة فى القانون^(٢) ، ذلك أسوة بما هو منصوص عليه فى الدفاع الشرعى . ويكون المضرر حسن النية إذا أخطأ التقدير فاعتقد أن الخطر على قدر من الجسامته يحتاج فى درئته إلى فعل معين وكان يكفى لذلك ما دونه . ولا ينبغي الخلط مع ذلك فى باب الضرورة بين الغلط المعفى من العقاب ، وحسن النية الذى يصلح عذراً . وإذا كان الغلط مشتركاً فى الحالين فإنه معتفر بإطلاق فى الحالة الأولى دون الثانية . وعلة ذلك أن الغلط المعفى يقوم على أسباب معقولة يسوغ للجانى معها الاعتقاد بأن الفعل لازم لدرء الخطر ، فليس فى الأمر إذن سوء تقدير ، أما حسن النية فظن بلزوم الفعل لدرء الخطر غير أنه مقرون بأسباب لا تسوغه ، فهو تقدير مشوب بالخطأ^(٣) وهذا الفارق الدقيق بين الأمرين هو الذى استوجب جعل الأول سبباً للإعفاء والثانى سبباً للتخفيف .

(١) المرجع السابق ص ٩٠٨ .

(٢) يراجع تفصيل ذلك د . عرض محمد فى قانون العقوبات — القسم العام ص ٥٢٣ .

(٣) المرجع السابق ص ٥٢٤ .

المبحث الخامس

في

الفرق بين حالة الضرورة والإكراه في الشريعة الإسلامية

عرف الفقهاء الإكراه بقولهم : « حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يمكن أن يختار مباشرة هذا الفعل لو ترك وشأنه دون إكراه من الغير » وعرف كذلك بقولهم : « فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول رضاه أو يفسد اختياره » أو عبارة عن تهديد الغير بمكروهه على فعل أمر محرم بحيث ينتهي به الرضاء^(١) وقيل في تعريفه أيضاً : « ما يفعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه »^(٢) . ويرى البعض أن حد الإكراه هو أن يهدد المكره [بفتح الراء] قادر على الإكراه بعاجل من أنواع العقاب بحيث يغلب على ظن المكره أنه يفعل به ما هدد به إذا امتنع مما أكرهه عليه^(٣) . وهذا الإكراه على ثلاثة أنواع :

النوع الأول : الإكراه الملجئ : وهو ما خيف فيه تلف النفس أو تلف عضو من الأعضاء ويسمى بالإكراه التام وهذا النوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار .

النوع الثاني : الإكراه غير الملجئ : وهو ما لا يخاف فيه التلف عادة وذلك كالحبس والقيود لمدة محدودة وهذا النوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار .

النوع الثالث : الإكراه المعنوي أو الأدبي : وذلك مثل التهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع وهو يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار .

والنوع الأول وهو التام أو الملجئ فيؤثر فيما يقتضي الرضا والاختيار معاً كارتكاب الجرائم ، فمن أكره على جريمة الزنا مثلاً . فلا بد أن يكون الإكراه الواقع عليه من النوع الأول بحيث يعدم رضاه ويفسد اختياره وهو الذي يرفع

(١) البحر الرائق ح ٨ ص ١٧٩ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ح ٤ ص ٤٥ .

(٣) المرحوم عبد القادر عودة في التشريع الجنائي الاسلامي ح ١ ص ٥٦٣ .

العقوبة . هذا والفرق بين الإكراه وحالة الضرورة في الشريعة الإسلامية ، أن في الإكراه يدفع المكروه إلى إتيان الفعل المحرم شخص آخر يأمر المكروه بإتيان الفعل ويجبره عليه . أما في حالة الضرورة فلا يدفع الفاعل إلى إتيان الفعل أحد ، وإنما يوجد الفاعل في ظروف يقتضيه الخروج منها ارتكاب الفعل المحرم^(٤) وذلك لكي ينجى نفسه أو غيره من الهلاك .

(٤) المرجع السابق ج ١ ص ٥٧٦ .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث السادس

في

اثبات حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون
وفيه مطلبان

- المطلب الأول : اثبات حالة الضرورة في الفقه الإسلامي .
- المطلب الثاني : اثبات حالة الضرورة في القانون .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المطلب الأول
في

إثبات حالة الضرورة في الفقه الإسلامي

ويأتى دور البينة في إثبات حالة الضرورة في الفقه الإسلامي ، بحيث لا ترتكب الجرائم تحت ستار وحجة الضرورة ويكون الهدف من ذلك الإفلات من العقاب ، فالفقه الإسلامي يشترط لارتكاب الجرائم في حالة الضرورة أن يثبت مرتكبها أنه كان في حالة ضرورة ويقع على عاتقه إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات التي يراها القاضى مناسبة وتكون موافقه لما جاء به الشرع الحكيم وهو ما يطلق عليه البينة ، والبينة : هى كل ما يبين به الشيء من الدلالة الواضحة عقلية كانت أو محسوسة ، قال تعالى : « أفمن كان على بينة من ربه » (١) وقال « ليهلك من هلك عن بينة » (٢) وبان الشيء بياناً : اتضح فهو بين فالبينة كل ما يبين الدعوى ويظهر المقصود ، وهى حجة المدعى التى يثبت بها دعواه (٣) .

وقد ورد ذكر البينة فى كثير من النصوص الشرعية منها : « البينة أوحد فى ظهرك » قاله عليه السلام لهلال بن أمية حينما قذف زوجته (٤) وقوله عليه السلام للأشعث بن قيس حين اختصم مع آخر فى بئر : « بينتك أو يمينه » (٥) . وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فى تحديد معنى البينة . فذهب جمهور الفقهاء إلى أن المراد بالبينة الشهود ، وذهب ابن تيمية ، وابن القيم ، وابن فرحون ، وابن حجر العسقلانى ، إلى أن البينة هى : كل ما يبين الحق ويظهره من الشهود والإقرار والقرائن وغير ذلك (٦) . وقد ورد فى الموطأ للإمام مالك رحمه الله عن أنى هريرة : أن سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ : رأيت إن وجدت مع امرأتى رجلاً ، أمهله حتى آتى بأربعة شهداء... ؟ فقال رسول الله ﷺ : نعم (٧) .

(١) الآية رقم ١٧ سورة هود .

(٢) الآية ٤٢ سورة الأنفال .

(٣) النهاية فى غريب الحديث والأثر لابن الأثير ح ١ ص ١٧٤ ، ولسان العرب لابن منظور ح ١٦ ص ٢١٤ .

(٤) فتح البارى على شرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى ح ٨ ص ٤٤٩ .

(٥) فتح البارى ح ١١ ص ٥٥٨ .

(٦) فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ح ٣٥ ص ٣٩٢ ، الطرق الحكمية ص ٢٤ ، أعلام الموقعين ح ١ ص ٩٦ .

(٧) موطأ الإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثى ص ٥٢٣ .

وكذلك الحادثة التي جرت في عهد عمر بن الخطاب رضوان الله عليه حينما دخل عليه الرجل ومعه سيف ملطخ بالدماء ووراءه قوم يعدون وشهدوا بأن القتاتل ضرب على فخذي المرأة ووسط الرجل وأهدر عمر دمه . فالاثبات مهم جداً في الشريعة الإسلامية ولكني أميل وأرجح رأي ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون وابن حجر ، حيث تؤيده الأدلة ، ويوافق مقاصد الشريعة الإسلامية في توطيد دعائم العدل وحفظ الحقوق لأصحابها ، وخصوصاً في هذا العصر الذي تعقدت فيه وسائل الحياة ، وتعددت المشكلات وفسدت الضمائر فصعب تبيين الحق ، وقد ساعد العلم الحديث على اكتشاف وسائل متعددة يظهر بها جانب الحق ، كالتصوير الحوادث ، وتسجيل الأصوات وعلم البصمات والخطوط وغير ذلك مما لا تقل دلالاته وأهميته عن شهادة الشهود^(١) ويترتب على إهماله ضياع كثير من الحقوق ، وانتشار الظلم والفساد والفوضى مما يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها فجريمة الضرورة يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات التي يقبلها القاضي وتوافق روح الشريعة ويقع عبء الاثبات على المضطر مرتكب الجريمة ... والله أعلم .

(١) د . ناصر بن عقيل بن جاسر الطريفي . القضاء في عهد عمر بن الخطاب ح ٢ ص ٦٤٥ .

المطلب الثاني

في

إثبات حالة الضرورة في القانون

وابتات حالة الضرورة يكون على عاتق من يدفع بها^(١) والقول بتوافر شروط حالة الضرورة أو انتفاء هذه الشروط من شأن قاضي الموضوع ، فله سلطة تقدير الوقائع التي يستخلص منها توافر الشروط أو تخلفها ، وعليه أن يبين في حكمه الوقائع التي يستخلصها في هذا الخصوص ، ليتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان الشروط التي يحتمها القانون في المادة ٦١ من قانون العقوبات متوافرة أم لا . ويتطلب لذلك بحث وقائع كل دعوى وظروفها ، هذا ولا يشترط « أن يتحدث الحكم عن كل ركن من أركان حالة الضرورة . في عبارة مستقلة ، بل يكفي أن يكون ذلك مستفاداً من الظروف والملابسات طبقاً للواقعة »^(٢) . ويلتزم القاضي بالرد على دفع المتهم بالضرورة باعتباره دفعاً جوهرياً ، ولا يلام حين يغفل الرد إلا إذا دفع المتهم بأحدهما أو كان واضحاً من وقائع كما بينها الحكم ، ولا يجوز إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض^(٣) .

والضرورة كغيرها من موانع المسؤولية تتعلق بالنظام العام ، ولذلك فإنه يتعين على محكمة الموضوع أن تعرض له من تلقاء نفسها وتعتبر حالة الضرورة متوافرة ، إذ على القاضي أن يلتزم قبل إدانة المتهم أن يتحقق من توافر كل أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها^(٤) .

المقارنة بين الشريعة والقانون في مسألة الإثبات

اشتراطت الشريعة الإسلامية لإدعاء حالة الضرورة أن يكون هناك إثبات على ذلك حتى لا ترتكب الجرائم تحت ادعاء حالة الضرورة ، ويُقصد من ذلك

- (١) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة ص ٤٢٧ .
- (٢) نقض ٢٤ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض س ٩ رقم ٩٠ ص ٣٢٧ ، ونقض ١٣ أكتوبر سنة ١٩٦٩ م مجموعة أحكام النقض س ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٠٢٧ .
- (٣) نقض فبراير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ١٤٨ ص ٧٧٤ . ونقض ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٢٥٢ ص ١١٩٦ .
- (٤) د . محمود نجيب حسني في الأحكام العامة ص ٥٩٧ .

تهرب المجرمين من العقاب ، وهذا الاثبات في شريعة السماء يسمى البينة وهذه مصدرها كتاب الله وسنه نبيه ﷺ ، ولقد تابع القانون الشريعة في ذلك حيث اشترط اثبات حالة الضرورة وأن عبء الاثبات يقع على المضطر ويمكن للقاضي استخلاصه من الظروف المحيطة بالحادث .

ويبقى الفارق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يتمثل في بعض أنواع الاثبات وهو اليمين بالله أو على كتاب الله سواء من الشهود أو من المدعي وهي ناحية روحانية بحجة تتمثل في حسن الصلة بين الله تعالى وعباده المسلمين الموحدين بالله وبكتابه والمصدقين برسالة نبيه محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه . زيادة على ذلك فإن هناك أنواع من البيئات لا توجد إلا في الشريعة الإسلامية وليس لها نظير في القوانين الوضعية ومثال ذلك . اللعان في حالة ما إذا رمى الرجل زوجته بالزنا ، والقسامة في حالة ما إذا وجد قتيل بين بلدين ولم يُعلم له شاهد . وغير ذلك الكثير مما انفردت به شريعة السماء ، والله أعلم .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث السابع في

حكم الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون
وفيه ثلاثة مطالب

- المطلب الأول : في حكم الضرورة في الشريعة الإسلامية .
- المطلب الثاني : المسئولية المدنية في حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية .
- المطلب الثالث : حكم الضرورة وأثرها في القانون الوضعي .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

المطلب الأول

في

حكم الضرورة في الشريعة الإسلامية

إذا أطلق لفظ الحكم فيراد به الأثر المترتب على ارتكاب المحرم ، ومن خلال استعراضنا لبعض جرائم الضرورة في الفقه الإسلامي ، وجدنا أن الضرورة تبيح تناول المحرم وارتكاب المحظور في الشريعة الإسلامية ، لأن ذلك ثابت بكتاب الله تعالى وسنة نبيه محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه وإجماع المسلمين . وقد ذكر الكثير من الآيات التي تفيد هذا الحكم في القرآن الكريم ومن ذلك قوله تعالى : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » (١) وقوله جل شأنه : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه » (٢) وقوله « فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم » (٣) وقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية كثيراً من القواعد الفقهية التي تعبر عن هذا المعنى وأصبحت هذه القواعد منتشرة وشائعة بين الفقهاء ومثال ذلك قولهم : « الضرورات تبيح المحظورات » وقد مر شرح هذه القاعدة وأمثالها في بداية هذا المؤلف . ولقد ظلت هذه القواعد مسلمة ومحل العناية والاعتبار لدى فقهاء المذاهب الشهيرة ، حتى رسمت مكائنها بعد أن دونت ، وجرى ما جرى من التشذيب والتنقيح في صيغها ، وكل ذلك راجع إلى تقديم الفقهاء لهذا الموضوع من خلال ما عرفوه من عظيم أثره في تفتيح المدارك وتربية الملكة الفقهية . وهذا ما يشير إليه العلامة قطب الدين السنباطي (٤) بقوله : « إن الفقه معرفة النظائر » (٥) . والقاعدة التي نحن بصددنا وهي : « الضرورات

(١) الآية ١٧٣ سورة البقرة .

(٢) الآية ١١٩ سورة الأنعام .

(٣) الآية ٣ سورة المائدة .

(٤) شذرات الذهب في أخبار من ذهب لأبي الفلاح عبد الحى بن العماد الخليل ح ٦ ص ٥٧ طبعة دار المسيرة - بيروت .

(٥) القواعد في الفقه ليدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي [مخطوط] مصدر عن المكتبة الظاهرية رقم ٢٨٦٩ - و ١٠ .

تبيح المحظورات « يفهم منها أن حكم الضرورة إباحة كل محظورة بناء على العموم المستفاد من ظاهر هذه القاعدة . ولكن الحقيقة أن هذه القاعدة ليست على هذا الظاهر المتبادر منها . وبيان ذلك أن من المحرمات ما لا تسقط حرمة أبداً ولا تبيحه الضرورة ، بل يبقى على حكم التحريم ، ومثل الفقهاء لهذا النوع حرمة قتل الإنسان المعصوم الدم بغير حق بحجة الضرورة . فالعموم إذن غير مراد في هذه القاعدة ، وأن إباحة المحظورات فيما تبيحه حالة الضرورة مختلف في معناها وحكمها . هل تعنى رفع صفة التحريم عن المحرم وتجعله مباحاً وبالتالي لا إثم على فاعله المضطر لأنه فعل ما هو حلال بالنسبة إليه ، أم أن المقصود من إباحة المحظور رفع الإثم فقط عن فاعله المضطر مع بقاء صفة التحريم ؟. فالحنفية ومن وافقهم يجعلون المحظور الذي تبيحه الضرورة نوعين :

النوع الأول : تصيره الضرورة مباحاً أى ترفع عنه صفة التحريم وبالتالي لا إثم على فاعله . فحكم الضرورة بالنسبة لهذا النوع من المحظورات رفع صفة التحريم عنه ورفع الإثم عن فاعله . وقد يكون الأخذ به واجباً في بعض الأحيان لانقضاء النفس من الهلاك وذلك كالمطعمات والمشروبات المحرمة .

النوع الثاني : لا ترفع الضرورة عنه صفة التحريم ، وإنما ترفع الإثم عن فاعله المضطر ، فهو كالمباح من جهة سقوط الإثم عن فاعله ، وكالمحرم من جهة بقاء صفة التحريم فيه . ومثلوا لهذا النوع بالكفر عند الإكراه عليه وباتلاف مال الغير عند الاضطرار^(١) .

وذهب الفقيه أبو إسحاق الشاطبي في موافقته ، إلى أن الضرورة تستدعي الترخيص ، وحكم الرخصة إباحة المحظور الذي تتعلق به وذلك بنزع صفة التحريم عنه وليست حكمها رفع الإثم فقط مع بقاء المحظور على وصفه من التحريم . ومعنى ذلك ، أن الشاطبي لا يقر بالتقسيم الثاني للحنفية فيما تبيحه الضرورة . وقد استدلل الشاطبي لقوله بجملة أدلة ثم أورد على نفسه اعتراضاً بأن العلماء نصوا على وجوب تناول المضطر الميتة إذا خاف على نفسه الهلاك ، وهذا يدل على وجوب الأخذ بالرخصة التي دعت إليها حالة الضرورة فلا

(١) تيسر التحرير للفقيه محمد أمين الشهير بأمير باد شاه ح ٢ ص ٢٨٧ . وتسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد عبد الرحمن عبد الخلاوي ص ٢٥٠ وما بعدها .

يكون حكمها إذن الإباحة دائماً ، فأجاب رحمه الله على هذا الاعتراض بقوله : « إن المضطر الذي لا يجد من الحلال ما يحفظ به نفسه رخص له في أكل الميتة قصداً لرفع الحرج عنه ، وحفظاً لنفسه من أم الجوع . فإن خاف التلف وأمكته تلافى نفسه بأكلها كان مأموماً باحياء نفسه^(١) وذلك لقوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم »^(٢) ومعنى كلام الشاطبي ، أن أكل الميتة للمضطر ينظر إليه من جهتين :

الأولى : من جهة أن الشارع الحكيم أذن له فيه بعد المنع منه ، ومن هذه الجهة يعتبر مباحاً على وجه الترخيص ، فالإباحة إذن هي حكم الرخصة التي استدعتها حالة الضرورة .

الثانية : وينظر إليه من جهة أنه إحياء للنفس فيكون واجباً ، لأن إحياء النفس مأموماً به للآية التي ذكرها . فالوجوب في نظره مستفاد من دليل آخر ، لا أنه هو حكم الرخصة هنا .

ومهما يكن من الاختلاف في أمر هذا التكييف الفقهي لحكم ما تدعو إليه الضرورة فإن الاتفاق حاصل على أن المضطر مأذون له شرعاً بتناول الميتة ونحوها مما هو محظور في الأصل نظراً لحالة الضرورة التي هو فيها . وكذلك الاتفاق حاصل على وجوب الأخذ بما تدعوا إليه الضرورة في بعض الأحيان — كأكل الميتة للمضطر — سواء قلنا أن هذا الوجوب هو حكم الضرورة في هذه الحالة — أو قلنا أن حكمها هو الإباحة ، وإنما الوجوب مستفاد من دليل آخر .

ويخلص لنا من كل ما تقدم أن قاعدة « الضرورات تبيح المحظورات » ليست على عمومها وليست على ظاهرها . لأن الضرورة لا تبيح كل المحرمات بل بعضها ، وأن المقصود بهذه الإباحة هي الإباحة المعروفة وهي استواء الفعل والترك ، وهذا على رأى الشاطبي ومن وافقه . أما على رأى الأحناف ومن وافقهم ، فإن هذه الإباحة فيما تبيحه المحظورات ، تعنى ما قاله الشاطبي في بعض المحرمات ، وتعنى رفع الإثم فقط في البعض الآخر مع بقاء صفة التحريم

(١) الموافقات للشاطبي ح ١ ص ٣٠٧ وما بعدها .

(٢) الآية ٢٩ سورة النساء .

فيه . والحقيقة أن التأمل في كلا الرأيين السابقين يرى ترجيح رأى الحنفية ومن وافقهم وهذا الذى نميل إليه نظراً لاتفاقه مع ما ورد من النصوص سواء في الكتاب أو السنة النبوية المطهرة فمثلاً : تناول مال الغير دون إذنه محرم لأن المصطفى ﷺ قال : « كل المسلم على المسلم حرام دمه ماله وعرضه » (١) فأموال المسلم حرام أخذها إلا بإذن صاحبها إلا إذا اضطر الإنسان إلى ذلك فله الأخذ منها بمقدار ما يدفع الهلاك عن نفسه فقد قال الإمام القرطبي في تفسيره : « ولا خلاف بين أهل العلم متأخريهم ومتقدميهم في وجوب رد مهجة المسلم عند خورم الذهب والتلف بالشيء اليسير الذى لا مضرة فيه على صاحبه وفيه البلغة » (٢) ومن هذا النص يتبين لنا أن المضطر إلى الأكل من مال الغير جائز وعليه أن يرد رmqه ، وينقذ نفسه بالأكل من مال الغير بقدر الضرورة دون زيادة .

(١) رواه مسلم عن أنس هريرة . مختصر صحيح مسلم . الحديث رقم ١٧٧٥ ص ٤٧٣ تحقيق محمد

ناصر الدين الألبانى .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ح ٢ ص ٢٢٥ وما بعدها . والبلغة — بضم الباء وسكون

اللام — ما يتبلغ به من العيش ، وتبلغ بكذا أى اكتفى به .

المطلب الثاني

في

حكم المسؤولية المدنية في حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية

أما بالنسبة للمسئولية المدنية في حالة الضرورة ، فالمضطر مسئول مدنياً كلما كان فعله محرماً ولو رفعت عنه العقوبة ، ولا مسئولية عليه كلما كان فعله مباحاً . وينطبق هذا القول في حالة إتلاف أو أخذ المضطر مال غيره . ففي هذه الحالة يكون على المضطر أخذ المال أو متلفه دفع التعويض المناسب لصاحب المال المتلف ، فقد روى البيهقي في السنن الكبرى عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب قال : أصاب غلمان لحاطب بن أبي بلتعة بالعالية ناقةً لرجل من مزيّنة فانتحروها واعترفوا بها ، فأرسل إليه عمر فذكر ذلك له وقال : « هؤلاء أعبدك قد سرقوا ، انتحروا ناقة رجل من مزيّنة واعترفوا بها ، فأمر كثير من الصلب أن يقطع أيديهم ، ثم أرسل بعدما ذهب فدعاه ، وقال : لولا أني أظن أنكم تبيعونهم حتى إن أحدهم أتى ما حرم الله لقطعت أيديهم ، ولكن والله لكن تركتهم لأغرمك فيهم غرامة توجعك ، فقال كم ثمنها ؟ . للمزني ، قال : كنت امنعها من أربعمئة ، قال عمر فأعطه ثمانمئة ... »^(١) قال الإمام مالك رضوان الله عليه تعليقاً على هذا الأثر : وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها^(٢) ومن هذا الأثر يتبين لنا أن المضطر إذا أخذ أو أتلف مال الغير فيسأل مدنياً عنه وذلك بدفع التعويض المناسب له . وقد تكلم الفقهاء في هذه المسألة تحت عنوان هل يجب بذل المال بدون عوض ؟ . فعند الحنفية لا يسقط الضمان بسبب الاضطرار وقالوا : « من أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ويكون ضامناً »^(٣) ويعللون وجوب الضمان بالقاعدة الفقهية : « الاضطرار لا يبطل حق الغير » ويقول شراحهم في هذه القاعدة : « الاضطرار وإن أباح للمضطر تناول وإتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه

(١) السنن الكبرى للبيهقي ح ٨ ص ٢٧٨ ، المصنف لعبد الرزاق ح ١٠ ص ٢٣٨ .

(٢) موطأ الإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي ص ٥٣٠ .

(٣) المبسوط للرخسي ح ٢٤ ص ٧٣ .

عقاب ، لا يكون سبباً للخلاص من الضمان « (١) وعند المالكية قولان (٢) ولكن الدسوقي في حاشيته جعل القولين في المضطر المعلوم الذى لا مال له ، أما من كان عنده مال فلا يجب له البذل بدون عوض (٣) أما الشافعية فلا يلزمه إلا بعوض ، وبهذا قطع جمهورهم وعندهم قول ضعيف في المذهب بوجود البذل مجاناً (٤) وبالنسبة لمذهب الحنابلة فقد قرروا بأنه لا يلزم البذل بدون عوض (٥) واختار الإمام بن تيمية التفصيل فقال بوجود البذل مجاناً إذا كان المضطر معدوماً ، فقد ورد في اختيارات ابن تيمية : « المضطر إلى طعام الغير إن كان فقيراً فلا يلزمه عوض ، إذا طعام الطعام للجائع وكسوة العارى فرض كفاية ويصيران فرض عين على المعين إذا لم يقم غيره » (٦) ومعنى هذا الكلام أن المضطر إذا كان عنده مال وجب عليه دفع العوض عن هذا المال الذى أخذه أو اتلفه . وهذا الرأى له وجاهته ومن ثم فأنا أميل إليه وأرجحه .

هذا ومقدار العوض للمال المبذول للمضطر — إذا قلنا بلزوم العوض — هو ثمن المثل . فعلى المالك أن يبيعه له بهذا الثمن . قال الامام ابن تيمية رحمه الله : « يجب عليه أن يبيعه وأن يكون بيعه بقيمة المثل ، فإذا امتنع منهما أجبر عليهما » (٧) وكذلا قال الشافعية (٨) لم يبعه إلا بأكثر من ثمن المثل لم يلزمه إلا ثمن المثل ، لأن الزيادة أضطر إلى بذلها بغير حق فلم يلزمه كالمكره (٩) .

ولا يشترط في العوض أن يكون معجلاً . بل يجوز أن يكون ديناً في الذمه (١٠) إذا لم يكن عند المضطر مال حاضر .

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ على حيدر حـ ١ ص ٣٨ .

(٢) الفروق للإمام القرافى المالكي حـ ٤ ص ٩ .

(٣) حاشية الشيخ الدسوقي حـ ٢ ص ١٢٦ .

(٤) المجموع للنووى حـ ٩ ص ٤٣ .

(٥) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ ٨ ص ٦٠٢ .

(٦) اختيارات ابن تيمية حـ ٤ ص ١٩١ .

(٧) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية حـ ٢٩ ص ١٨٦ .

(٨) المجموع للنووى حـ ٩ ص ٤٣ .

(٩) المغنى لابن قدامة المرجع السابق .

(١٠) المجموع للنووى حـ ٩ ص ٤٥ ، ص ٥١ .

المطلب الثالث

في

حكم الضرورة وأثرها في المسؤولية في القانون

إذا وجدت حالة الضرورة ، وتوافرت الشروط السابقة التي تطلبها القانون ، امتنعت مسؤولية الجاني جنائياً عن جريمة الضرورة التي يرتكبها ، سواء أكانت جنائية أم جنحة أم مخالفة ، ويلاحظ في هذا الشأن أن المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري قد صيغت في عبارة عامة تقضي بمنع المسؤولية الجنائية لمجرد توافر الشروط الواردة بها ولو لم يكن هناك تناسب بين الخطر الذي يهدد الشخص والضرر الناتج عن الجريمة التي ترتكب دفعاً له .

وقد يؤدي ذلك إلى نتائج غير مستساغة ، ولكن لا حيلة فيها مع صراحة النص وعمومه^(١) وهذا ما حدا ببعض الفقهاء إلى القول ، بالزام الجاني في الأحوال التي لا يكون فيها الخطر موجهاً إليه ، أو إلى من يهيم أمرهم بأن يتحرى الموازنة بين الخطر والجريمة لاختيار أهون الشرين . وهو وإن كان أمراً مرغوباً فيه إلا أنه إلزام بما لا يطلبه النص^(٢) وهناك من يقول بامتناع عقاب الفاعل متى اكتملت شروط الضرورة ، سواء كان السلوك الذي أتاه الجاني إيجابياً أو سلبياً ، وسواء كانت جرمته عمديه أو خطئية ، وسواء كانت واقعة على النفس أو على المال أو على ما عداهما^(٣) . أما إذا تعدد الجناة واكتملت شروط الضرورة بالنسبة لأحدهم امتنع عقابه وحدة ، أما غيره فلا يمتنع عقابه لمجرد كونه مساهماً معه ، وإنما يلزم لذلك أن تكتمل شروط الضرورة بالنسبة له أيضاً . ولما كانت جريمة الضرورة تصيب بأذاها إنساناً بئرياً لم يقع منه ما يستوجب نزول هذا الأذى به ، فقد جعلت المادة ١٦٨ مدني لهذا الإنسان أن يطلب تعويض الضرر الذي حاق به . والذي يدفع هذا التعويض هو فاعل جريمة الضرورة . أما إذا كانت الجريمة قد ارتكبها فاعلها ليدرأ ضرراً كان مهدداً لغيره لا مهدداً له

(١) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة ص ٤٢٦ .

(٢) د . محمد مصطفى القلبي في المسؤولية الجنائية ص ٤١٩ ، د . علي راشد في مبادئ القانون

الجنائي . في الجريمة والمسؤولية الجنائية رقم ٦٨٦ .

(٣) د . عوض محمد في قانون العقوبات — القسم العام ص ٥١٨ .

شخصياً ، فيكون له بعد دفع التعويض أن يرجع بقيمته على الشخص الذي ارتكبت الجريمة لصالحه^(١) عملاً بقواعد الفضالة المقررة في القانون المدني طبقاً للمادة ١٩٥ من القانون المدني ، فإذا كان مصدر الضرر المدفوع بجريمة الضرورة فعل إنسان لا فعل الطبيعة ، كان لفاعل تلك الجريمة أن يرجع على هذا الإنسان كذلك بقيمة التعويض الذي ألزم به^(٢) وسند التعويض المستحق للمضروب من مواجهة الجريمة هو نص المادة ١٦٨ من القانون المدني التي تنص على أن : « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً » . وذلك على اعتبار أنه ألجئ إلى ارتكاب العمل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محقق أشد خطراً ، فهو من هذه الناحية أيسر تبعة وأخف وزراً . ويلاحظ أن هذا النص يتضمن قيداً لا يتضمنه نص المادة ٦١ من قانون العقوبات ، وهو أن يكون الضرر المدفوع أشد من ضرر الجريمة^(٣) وبذلك نتفادى قصور النص الجنائي الذي سبقت الإشارة إليه .

أما بالنسبة للأثر المترتب على القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء ، فقد اختلف الفقه الجنائي في طبيعة الأثر المترتب على كل منهما . فيذهب البعض إلى أن كلا من القوة القاهرة والحادث المفاجيء ينفي الركن المعنوي في الجريمة لانتفاء الإثم الجنائي ، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن تأثيرهما يتعلق بالركن المادى . وسواء أخذنا بهذا الرأي أم بالآخر فإن في كلا الحالين أن الجريمة لم تكتمل ومن ثم فلا عقاب لعدم وجود الجريمة .

-
- (١) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للجريمة ص ٩٠٩ .
(٢) د . رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٩٠٩ .
(٣) د . السعيد مصطفى السعيد في الأحكام العامة ص ٤٢٧ .

المقارنة بين الشريعة والقانون في حكم الضرورة

بعد استعراض بعد التطبيقات لحالة الضرورة في الفقه الإسلامي ، وبالنظر إلى أدلتها سواء في الكتاب أو السنة أو اجماع الأمة ، وبعد أن اتضح جلياً لكل ذى عينين ، أن الضرورة تبيح تناول المحرم وارتكاب المحظور في الشريعة الإسلامية ومن أجل ذلك وضعت القاعدة المشهورة : « الضرورات تبيح المحظورات » . وقد تكلمنا عنها بما فيه الكفاية حيث إن هذه القاعدة ترفع صفة التحريم وتصيره مباحاً عن بعض الجرائم ، وترفع الإثم مع بقاء صفة التحريم عن الجانب الآخر ، أما بالنسبة للقانون الوضعي فقد سار على نفس الإتجاه فقضى وحكم بامتناع المسؤولية للجاني عن جريمة الضرورة التي يرتكبها سواء كانت جناية أم جنحة أم مخالفة .

أما بالنسبة للتعويض المدني ، فقد أقرته الشريعة الإسلامية ، وحكمت به على من ارتكب جريمة أضرت أو أتلفت مال الغير وقد لجأته إليها ضرورة ملحة بل ووضعت وقعدت لها القواعد ومن ذلك قولهم : « الاضطراب لا يبطل حق الغير » وقد سار القانون الوضعي نفس الإتجاه ونحى ذلك المنحى فقرر على مرتكب جريمة الضرورة أن يدفع التعويض المدني طبقاً لما أورده المادة ١٦٨ من القانون المدني .

وبذلك سار القانون على النهج الذي سلكته الشريعة الإسلامية مع الاختلاف في المصدر والهدف والأسبقية .

والله أعلم

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

الخاتمة

نسأل الله أن تكون على خير

إن حياة البشر في الدنيا لا تستقيم إلا بحفظ مقاصد شرعية ضرورية اتفقت عليها الأديان السماوية جمعاء . وأقرت بها جميع الأمم والشعوب ، وإذا فقدت تلك المقاصد لم تجر مصالح الدنيا على استقامة ، بل على فساد وتهارج وفوت حياة ، ولا قيام لمصالح الدين كذلك بدون تلك المقاصد ، وبفواتها تفوت النجاة في الآخرة ويرجع الناس بالخسران المبين . ولقد اهتم الإسلام بحفظ تلك المقاصد اهتماماً بالغاً ، فأوجب حفظ الدين ، وفرض عليهم حفظ النفس ، وأمرهم بحفظ النسل وأوجب حفظ العرض ، وشدد على حفظ العقل ، وفرض حفظ المال حفظاً مبنياً على أن الله هو مالكة ، لا يجوز للإنسان التصرف فيه تحصيلاً أو اتفاقاً إلا وفق إذنه سبحانه وتعالى ، وشرع سبحانه وتعالى الوسائل الكفيلة بحفظ هذه المقاصد ترغيباً في ثوابه وترهيباً من عقابه في الدنيا والآخرة ، فلقد شرع سبحانه قتل المرتد لحفظ الدين ، وشرع جلد الزاني أو رجمه حفظاً للنسل وشرع القصاص أو الدية حماية للنفس وحفاظاً لها ، وشرع زجر المبتدعين والمخرفين من إفساد العقول بما يردعهم ، وجلد من أفسد العقل بشرب الخمر . ولا غرابة في أن الشريعة الإسلامية اهتمت اهتماماً بالغاً بإقامه الحدود ، بل واعتبرت إقامة حد من حدود الله خيراً من أن تمطر الأرض أربعين خريفاً^(١) ولم تتهاون شريعة السماء في أي عمل حرّمته قوانينها أو منعت مبادئها إلا إذا كانت ثمة ضرورة ألت بمرتكب هذا الجرم . وهنا تتدخل العناية الإلهية والحكمة الربانية في إباحة هذا المحرم ورفع العقاب عن هذا الممنوع تفضلاً منه سبحانه وتعالى على عباده الضعفاء من باب رفع الحرج ودفع المشقة وتيسيراً من المولى تبارك وتعالى لعباده . وبناء على ذلك وبالدراسة التي عشنا معها في طيات هذا البحث نستخلص ما يلي :

(١) رواه النسائي بسنده عن أبي هريرة . سنن النسائي ح ٨ ص ٧٥ .

أولاً : تعتبر حالة الضرورة من الحالات التي تنضوي على مشقة بالغة و حرج شديد على عباد الله المضطرين ، ومن ثم فقد عاجتها الشريعة الإسلامية في ضوء أصل رفع الحرج ودفع المشقة ، فشرعت لها من الأحكام ما تندفع به . وكان من جراء ذلك تشريع الرخص وهي ما شرع لعذر شاق في حالات خاصة ، أو هي استباحة المحظور بدليل مع قيام دليل الحظر . وبسبب الرخصة يسقط الحكم الأصلي تماماً ، وكما يقول الغزالي في معرض من يترك الأخذ بالرخصة حتى يهلك : « وارتكاب أهون الضررين يصير واجباً وطاعةً بالإضافة إلى أعظمهما ، كما يصير شرب الخمر واجباً في حق من غص بلقمة ، وتناول طعام الغير واجباً على المضطر في الخمصة » . فكل محرم عند الضرورة يباح بلا تفریق بين محرم ومحرم ، وفي كلا الأحوال أيجح المحظور للضرورة ، وأنه لا إثم فيه وفي فعله ، وإلى هذا يشير المولى تبارك وتعالى بقوله في مواضع كثيرة « فإن الله غفورٌ رحيمٌ »^(١) ويجب على المضطر اتقاء الضرر واتباع الرخصة لقوله تعالى : « ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة »^(٢) وقوله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم »^(٣) كما أن الله سبحانه وتعالى يجب أن تؤتى رخصة كما يجب أن تؤتى عزائمه . فخالق الناس هو الذى خلقهم وهو الذى راعى ظروفهم وهو الذى أباح لهم ما حرمه قال تعالى : « ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير »^(٤) .

ثانياً : أن مصدر حالة الضرورة وما يتبعها من شروط وتطبيقات وأحكام وآثار شرعية مأخوذة من القواعد الفقهية التي وضعها فقهاء المسلمين واستنبطوها من كتاب الله تعالى وسنة نبيه محمد صلوات الله وسلامه عليه وإجماع الأمة الإسلامية بما يتفق وروح شريعة السماء ، وذلك بخلاف القوانين الوضعية فمرجعها ومصدرها — في حالة الإختلاف بينها وبين الشريعة الإسلامية — إلى الهوى والرأى وكلاً منهما قابل للتبديل والتحريف والتناقض لأن ذلك من طبيعة البشر . وهم غير معصومين من الخطأ . وما يصلح لبلد قد

(١) الآية ٣ سورة المائدة .

(٢) الآية ١٩٥ سورة البقرة .

(٣) الآية ٢٩ سورة النساء .

(٤) الآية ١٤ سورة الملك .

لا يصلح لآخر ، وما يصلح لوقت لا يصلح لآخر . وكل ذلك بخلاف الشريعة فإنها لم تأت لوقت دون وقت ، أو لعصر دون عصر ، أو لزمن دون زمن ، وإنما هي شريعة كل وقت وشريعة كل عصر وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها . لأن الشريعة الإسلامية صيغت بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن ، ولا يبلى جدتها ، ولا يقتضى تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية ، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الإمكان توقعها ، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل . وأساس الفرق بين الشريعة والقانون هو أن الشريعة من عند الله جل شأنه وهو يقول : « لا تبديل لكلمات الله »^(١) وهو عالم الغيب القادر على أن يضع للناس نصوصاً تبقى صالحة على مر الزمان . أما القوانين فمن وضع البشر ، وتوضع بقدر ما يسد حاجتهم الوقتية ، وبقدر قصور البشر عن معرفة الغيب تأتي النصوص القانونية التي يضعونها قاصرة عن حكم ما لم يتوقعوه .

ثالثاً : من ناحية التأثير والتأثر :

إذا تكلمنا عن المقارنة في ناحية الاختلاف بين نصوص الشريعة ونصوص القانون فماذا نقول في حالة الاتفاق التام بينهما ؟. أيهما أخذ من الآخر وتأثر به ؟. العقل والمنطق يقضيان بأن اللاحق يتأثر بالسابق ويأخذ منه ، وأن مبادئ الشريعة الإسلامية نزلت على قلب المبعوث رحمة للعالمين ليخرج الناس من ظلمات الجهل إلى نور المعرفة والإيمان منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان في حين لم يكن علم ولا تقدم ولا حضارة إلا حضارة المسلمين الأوائل التي واصلت نشر علومها ومعارفها إلى بلاد الأندلس « اسبانيا حالياً » على يد القائد العسكري الصحابي الجليل طارق بن زياد . وهنا حدث التلاق بين العرب بدينهم وحضارتهم التي لم يكن لها مثيل وتقدمهم العسكري الذي أذهل العالم أجمع في ذلك الوقت . وكما يقول المؤرخ العلامة ابن خلدون : « وطبيعة المغلوب أن يقلد الغالب » ولقد دخل الإسلام هذه البلاد غازياً منتصراً فاتحاً ناشراً دينه ومبادئه التي ما جاء ولن يجيء لها مثيل حتى يرث الله الأرض ومن

(١) الآية ٦٤ سورة يونس .

عليها . وظل الحال على ذلك فترة ليست بالقصيرة حتى انشغل المسلمون
بديناهم وتنازعوا واختلفوا وضعفوا فوهنت قوتهم العسكرية وبقي دينهم شامخاً
يملاً الدنيا بريقاً وتير مبادؤه كل الأرجاء ، وتأثر بع وبنصوصه كل القوانين
الوضعية ، وتلبسها ثوباً براقاً وتزعم أن ذلك من نتاج أفكارها . كلا !! قال
تعالى : « سنريهم آياتنا في الآفاق وفي أنفسهم حتى يتبين لهم أنه الحق أو لم
يكف بربك أنه على كل شيء شهيد » (١) .

وبعد :

فهذا ما وسعني عمله في هذا البحث ، فإن أك قد وفقت فهذا من الله ،
وإن كانت الأخرى فعذري إنني بشر وغير معصوم من الخطأ .

« ربنا عليك توكلنا وإليك أنبنا وإليك المصير » صدق الله العظيم .

د . محمود محمد عبد العزيز الزيني

(١) الآية ٥٣ سورة فصلت .

ثبت بأهم مراجع البحث

مراجع التفسير

أولاً : القرآن الكريم :
ثانياً :

- ١ — الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي المشهور بتفسير القرطبي ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٧ ، دار الكتب المصرية .
- ٢ — أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي — تحقيق على محمد الجاوي — دار المعرفة للطباعة والنشر .
- ٣ — أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المشهور بالخصاص طبعة سنة ١٣٢٥ هـ .
- ٤ — التفسير الكبير لفخر الدين محمد بن عمرو بن الحسن الرازي أو مفاتيح الغيب الطبعة الأولى — مطبعة الحلبي بمصر ، والطبعة الثانية — دار الكتب العلمية .
- ٥ — تفسير المنار للسيد رشيد رضا — مطبعة المنار بالقاهرة سنة ١٣٧٣ هـ .
- ٦ — تفسير القرآن العظيم لابن كثير طبعة عيسى الباني الحلبي بمصر .
- ٧ — تفسير روح المعاني للألوسي — طبعة دار الفكر — القاهرة .
- ٨ — تفسير جامع البيان في تفسير القرآن للطبري — دار المعرفة .
- ٩ — القواعد الحسان لتفسير القرآن — طبعة سنة ١٤٠٢ هـ — مكتبة المعارف — الرياض .
- ١٠ — مختصر تفسير ابن كثير — اختصار محمد علي الصابوني — دار القرآن الكريم — بيروت .

ثالثاً : مراجع الحديث :

- ١١- بهجة قلوب الأبيوار وقررة عيون الأخبار في شرح جوامع الأهبار للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدى - الرئاسة العامة للبحوث العلمية والافتاء - سنة ١٤٠٥ هـ - الرياض .
- ١٢- الجامع الصحيح لأبى الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري - طبعة دار الفكر - بيروت .
- ١٣- إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام - محمد بن علي الشهرير بابن دقيق العيد - ادارة الطباعة المنيرية - القاهرة سنة ١٣٤٠ هـ - تصوير دار الكتب - بيروت .
- ١٤- سنن أبى داود . سليمان بن الأشعث السجستاني - الطبعة الأولى سنة ١٣٧١ هـ سنة ١٩٥٢ - مطبعة مصطفى الباني الحلبي - مصر .
- ١٥- سنن أبى داود مع عون المعبود . طبعة المدينة المنورة الثانية - المكتبة السلفية .
- ١٦- سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى وحاشية الإمام السندى - دار الفكر - بيروت .
- ١٧- سنن الترمذى - الجامع الصحيح - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة - دار إحياء التراث العربى - بيروت - لبنان .
- ١٨- سبيل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام . محمد بن إسماعيل اليمنى الصنعانى - مطبعة محمد على صبيح بمصر .
- ١٩- زاد المعاد فى مدى خير العباد لابن القيم - طبعة المطبعة المصرية .
- ٢٠- السنن الكبرى - أحمد بن الحسين بن علي البيهقى - طبعة دار الفكر .
- ٢١- صحيح مسلم بشرح النووي - المطبعة المصرية بالقاهرة .
- ٢٢- المصنف لأبى بكر عبد الرازق بن همام الصنعانى . الطبعة الأولى سنة ١٣٩٠ هـ سنة ١٩٧٠ م - منشورات المجلس العلمى - بيروت .

- ٢٣- المستدرك على الصحيحين وفي ذيله تلخيص المستدرك للذهبي أبو عبد الله النيسابوري الشهير بالحاكم - مطبعة دار المعارف .
- ٢٤- موطأ الإمام مالك رواية يحيى بن يحيى الليثي - الطبعة العاشرة سنة ١٤٠٧ هـ - دار النفائس .
- ٢٥- مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذرى - تحقيق محمد ناصر الألبانى .
- ٢٦- فتح البارى لشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى - ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي - طبعة دار الفكر .
- ٢٧- فيض القدير شرح الجامع الصغير . محمد بن عبد الرؤوف المناوى - الطبعة الثانية - سنة ١٣٩١ هـ دار المعرفة بيروت .
- ٢٨- النهاية في غريب الأثر. أبو السعادات مبارك بن محمد الشهير بابن الأثير - الطبعة الأولى - تحقيق محمود الطناخى وطاهر الزاوى - طبعة سنة ١٣٨٣ هـ سنة ١٩٦٢ م - مطبعة الحلبي بمصر .
- ٢٩- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من الأحاديث سيد الأخيار - محمد بن على بن محمد الشوكاني - الطبعة الأخيرة .

رابعاً : كتب الفقه

الفقه الحنفى :

- ٣٠- بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى - مطبعة العاصمة - القاهرة .
- ٣١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى - الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية الكبرى ببولاق .
- ٣٢- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين - المطبعة الميمنية - مصر .
- ٣٣- شرح فتح القدير - كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام - دار احياء التراث العربى - بيروت - لبنان .

- ٣٤— شرح معاني الآثار أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي— تحقيق محمد زهري النجار — مطبعة الأنوار المحمدية بالقاهرة .
- ٣٥— المبسوط لأبي بكر محمد بن سهل السرخسي — طبعة سنة ١٣١٤ هـ — دار السعادة بمصر .
- ٣٦— مجموع الأنهر شرح ملتقى الأبحر . عبد الرحمن داماد الملقب بشيخي زادة وبها مشه دار المنتقى في شرح الملتقى لعلاء الدين الحصفكي — طبع المطبعة العثمانية بدار سعادت سنة ١٣٢٨ هـ .
- ٣٧— الفتاوى الخانية . فخر الدين حسن بن منصور الشهير بقاضيخان مطبوع بهامش الفتاوى الهندية — الطبعة الثانية سنة ١٣١٠ هـ — المطبعة الكبرى ببولاق — مصر .
- ٣٨— الفتاوى الهندية تأليف جماعة من علماء الهند طبع سنة ١٣١٠ هـ — مطبعة بولاق بمصر .
- ٣٩— الهداية شرح بداية المبتدى لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني — الطبعة الأخيرة .

الفقه المالكي :

- ٤٠— بداية المجتهد ونهاية المقتصد . محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهرير بابن الحفيد الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م — دار التوفيق النموذجية .
- ٤١— حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير — المكتبة التجارية .
- ٤٢— حاشية الرهوني على شرح الزرقاني . محمد بن أحمد الرهوني — الطبعة الأولى سنة ١٣٠٦ هـ بولاق .
- ٤٣— شرح الزرقاني على مختصر خليل — المطبعة البهية بمصر سنة ١٣١٧ هـ .
- ٤٤— شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل . محمد عايش طبع المطبعة الكبرى العامرة بمصر سنة ١٢٩٤ هـ .

- ٤٥- الشرح الكبير للدردير مطبوع على هامش حاشية الدسوقي .
- ٤٦- الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - ٤ مقرر السنة الرابعة الثانوية بالمعهد الأزهرية سنة ١٣٩٩ هـ سنة ١٩٧٩ م .
- ٤٧- مواهب الجليل للحطاب مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .
- ٤٨- الموطأ بشرح الزرقاني على موطأ مالك - ملتزم الطبع والنشر عبد الحميد أحمد حنفي - القاهرة .
- ٤٩- فتح العلي المالك للشيخ محمد عيش طبعة سنة ١٩٥٨ م مطبعة الحلبي .
- ٥٠- الفروق . شهاب الدين الصنهاجي القرافي المالكى - دار المعرفة - بيروت .

الفقه الشافعى :

- ٥١- حجة الله البالغة للشيخ أحمد بن عبد الحلیم الدهلوی طبعة دار التراث .
- ٥٢- حاشية قليوبى على شرح المحلى على المنهاج . أصبح المطابع بمبنى الدار السلفية .
- ٥٣- حواشى الشروانى وابن قاسم العبادى على تحفه المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمى - دار صادر .
- ٥٤- احياء علوم الدين لأبى حامد الغزالى - الطبعة الأولى .
- ٥٥- مغنى المحتاج إلى معانى الفاظ المنهاج للشريينى طبعة سنة ١٣٧٤ هـ - مطبعة مصطفى محمد - بمصر .
- ٥٦- المجموع شرح المهذب التكملة الثانية للأستاذ محمد حسين العقبى - مطبعة الإمام .
- ٥٧- المجموع لمحى الدين شرف النووى - المطبعة العربية بمصر سنة ١٣٤٤ هـ .

٥٨- المهذب في فقه الإمام الشافعي . أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي - الطبعة الثانية سنة ١٣٧٩ هـ سنة ١٩٥٩ م - مصطفى الحلبي بمصر .

٥٩- الأم . محمد بن إدريس الشافعي طبعة سنة ١٣٢١ هـ مطبعة بولاق .

٦٠- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لابن حمزة الرملي طبعة سنة ١٣٥٧ هـ مطبعة الحلبي .

الفقه الحنبلي :

٦١- إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية - مطبعة إدارة الطباعة المنيرية بمصر .

٦٢- شذرات الذهب في أخبار من ذهب . أبو الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي - طبعة دار المسيرة - بيروت .

٦٣- فتاوى شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية - طبعة سنة ١٣١٤ هـ مطبعة كردستان العلمية - القاهرة .

٦٤- الإختيارات لشيخ الإسلام ابن تيمية - مطبعة كردستان العلمية بالقاهرة .

٦٥- العدة شرح العمدة . بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي الحنبلي - المطبعة السلفية .

٦٦- الروض المربع بشرح زاد المستتفع للبهوتي - المطبعة السلفية .

٦٧- منتهى الإيرادات لابن النجار - الطبعة الأولى .

٦٨- المغنى لابن قدامة الحنبلي - مطبوعات رئاسة إدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد - الرياض .

٦٨- المغنى والشرح الكبير لابن قدامة الحنبلي - الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ - مطبعة المنار بمصر .

٦٩- الإنصاف للمرداوي - طبعة سنة ١٩٨٠ م - الطبعة الثانية .

فقه الظاهرية :

- ٧١- الحلى لابن حزم الظاهري الطبعة الأولى سنة ١٣٤٧ هـ مطبعة النهضة بمصر .
- ٧١- معجم فقه ابن حزم الظاهري ، ترتيب لجنة موسوعة الفقه الإسلامي بدمشق .

فقه الإمامية :

- ٧٢- شرائع الإسلام . جعفر بن الحسن بن أبي زكريا الهذلي الملقب بالمحقق الحلي - مطبعة دار مكتبة الحياة - بيروت .
- ٧٣- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية . زين الدين العاملي - طبعة سنة ١٣٧٨ هـ - دار الكتاب العربي .
- ٧٤- المختصر النافع في فقه الإمامية للحلي - طبعة وزارة الأوقاف .

فقه الزيدية :

- ٧٥- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار . أحمد بن المرتضى - الطبعة الأولى - مطبعة السعادة بمصر .

خامساً : كتب أصول الفقه

- ٧٦- حاشية البخاري على أصول فخر الإسلام البزدوي - طبعة استانبول .
- ٧٧- تيسير التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحى الحنفية والشافعية لابن الهمام - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٠ هـ مطبعة الحلبي بمصر .
- ٧٨- تيسير التحرير في أصول الفقه للشيخ محمد أمين الشهرير بأمر باد شاه الطبعة الأولى .
- ٧٩- تيسير التحرير شرح على كتاب التحرير في أصول الفقه محمد أمين الحسيني - الطبعة الأولى .
- ٨٠- تسهيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد عبد الرحمن عبد المحلاوي - طبعة سنة ١٣٥٥ هـ - الطبعة الأولى .

- ٨١- شرح البدخشى ومعه شرح الأسنوى للبيضاوى - مطبعة محمد علي صبيح .
- ٨٢- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت - محب الله بن عبد الشكور - الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م - دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٨٣- كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للإمام أبى البركات عبد الله النسفى وبهامشه حاشية العلامة محمد بن عبد الحلیم اللكنوى - الطبعة الأولى - مطبعة بولاق .
- ٨٤- التحريم فى أصول الفقه . الكمال بن الهمام - الطبعة الأولى - طبعة الحلبي .
- ٨٥- التلويح على التوضيح لمن التنقيح . عبيد الله بن مسعود المشهور بصدر الشريعة - مطبعة محمد علي صبيح .
- ٨٦- الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى طبعة سنة ١٩١٤ م مطبعة المعارف .
- ٨٧- المجموع المذهب فى قواعد المذهب . صلاح الدين خليل العلائى - أصول الفقه - بغداد - مخطوط رقم ٢٥٩ مكتبة مديرية الأوقاف .
- ٨٨- المستصفى فى علم الأصول لأبى حامد الغزالى طبعه سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م دار الكتب العلمية - بيروت .
- ٨٩- مختصر ابن الحاجب المالكى وحاشية العلامة سعد الدين التفتازانى - الطبعة الأولى .

سادساً : كتب القواعد الفقهية

- ٩٠- الأشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفى منشورات دار الهلال - بيروت .
- ٩١- الأشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى - دار الكتب العلمية - بيروت .

- ٩٢- الأشباه والنظائر للحموي - الطبعة الأولى .
- ٩٣- القواعد لابن رجب الحنبلي - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت .
- ٩٤- القواعد في الفقه . بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي - مخطوط مصدر عن المكتبة الظاهرية رقم ٢٨٦٩ - وا .
- ٩٥- القواعد الفقهية . علي أحمد الندوي - الطبعة الأولى - دار القلم - دمشق .
- ٩٦- الموافقات في أصول الشريعة . أبو اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي - تحقيق محمد عبي الدين عبد الحميد - مطبعة صبيح - مصر .
- ٩٧- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية د . محمد صدق بن أحمد البورنو - مؤسسة الرسالة .

- ٩٨- خاتمة مجاميع الحقايق . لأبي سعيد محمد بن محمد الخادمي - طبعة سنة ١٣٠٨ هـ - المطبعة العامرة - استانبول .
- ٩٩- شرح القواعد الفقهية لأحمد بن محمد الزرقا - دار الغرب الإسلامي .
- ١٠٠- قواعد الأحكام في مصالح الأنام . عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي - دار الكتب العلمية - بيروت .
- ١٠١- المنثور في القواعد . لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي - الطبعة الأولى - مؤسسة الخليج للطباعة والنشر سنة ١٤٠٢ هـ سنة ١٩٨٢ م - تحقيق تيسر فائق أحمد محمود - الكويت .

سابعاً : كتب ومؤلفات متنوعة

- ١٠٢- ابن قدامة وآثاره الأصولية . د . عبد العزيز عبد الرحمن السعيد - الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٣ هـ سنة ١٩٨٣ م .
- ١٠٣- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة . ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي .
- ١٠٤- أصول الفقه للشيخ عبد الوهاب خلاف - الطبعة العشرون - دار القلم للطباعة والنشر .

- ١٠٥ — الجريمة والعقوبة للشيخ محمد أبو زهرة — مطبعة دار الفكر العربي .
- ١٠٦ — التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية . د . عبد الخالق النواوي —
الطبعة الأولى .
- ١٠٧ — التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي . عبد القادر
عودة — مؤسسة الرسالة .
- ١٠٨ — التشريع الإسلامي خصائصه وتاريخه . د . محمد مصطفى امباني —
الطبعة الأولى سنة ١٩٧٦ م .
- ١٠٩ — السرقة بين التجريم والعقوبة . د . الشافعي عبد الرحمن السيد —
الطبعة الأولى .
- ١١٠ — الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم — مطبعة السنة
المحمدية .
- ١١١ — الطب الشرعي . د . علي عبد النبي — الطبعة الأولى .
- ١١٢ — القضاء في الإسلام . عطية مصطفى مشرفة — الطبعة الثانية سنة
١٩٦٦ م .
- ١١٣ — القضاء في عهد عمر بن الخطاب . د . ناصر بن عقيل بن جاسر
الطريقي — الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ سنة ١٩٨٦ م — دار
المدني للطباعة والنشر — جدة .
- ١١٤ — المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا — الطبعة للعاشره —
مطبعة طرين — دمشق .
- ١١٥ — المسكرات أضرارها وأحكامها . د . فرج زهران — دار مصر
للطباعة .
- ١١٦ — الموسوعة الفقهية تصدر عن وزارة الأوقاف بالكويت — الطبعة
الأولى سنة ١٩٨٢ م .
- ١١٧ — تاريخ الفقه الإسلامي للشيخ محمد أنيس عبادة — الطبعة الأولى سنة
١٩٦٩ م — دار الطباعة المحمدية .

١١٨- حكم نفل أعضاء الإنسان في الفقه الإسلامي . د . حسن علي الشاذلي - كتاب الجمهورية .

١١٩- شرح مجلة الأحكام العدلية . للأستاذ علي حيدر .

١٢٠- شرح مجلة الأحكام العدلية . للأتاسي .

١٢١- فقه السنة . للشيخ سيد سابق - مكتبة الخدمات الحديثة .

١٢٢- فقه النوازل . بكر بن عبد الله أبو زيد - الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩ هـ .

١٢٣- قضية تحديد النسل في الشريعة الإسلامية . لأم كلثوم يحي مصطفى الخطيب - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٢ م - الدار السعودية للنشر .

١٢٤- يسألونك في الدين والحياة . د . أحمد الشرباصي - دار الجيل - بيروت .

ثامناً : المراجع القانونية

١٢٥- الأحكام العامة في قانون العقوبات . د . الشعيد مصطفى السعيد - الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧ م .

١٢٦- الأحكام العامة للقانون الجنائي . د . ساه السيد خاد - طبعة سنة ١٩٨٤ - دار الهدى .

١٢٧- القانون الجنائي . المدخل وأصول النظرية العامة . د . علي أحمد راشد - الطبعة الثانية - دار النهضة .

١٢٨- القانون الجنائي مبادئه ونظرياته . د . محمد يحي الدين عوض ، طبعة سنة ١٩٦٣ م - الطبعة العالمية .

١٢٩- المسؤولية الجنائية . د . محمد مصطفى القللي - الطبعة الأولى .

١٣٠- النظرية العامة للقانون الجنائي . د . رمسيس بهنام - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٨ م - منشأة المعارف بالاسكندرية .

١٣١- حالة الضرورة في قانون العقوبات . ابراهيم زكي أخنوخ - الطبعة الأولى سنة ١٩٦٩ م .

- ١٣٢- شرح قانون العقوبات - القسم العام . د . محمود محمود مصطفى - الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٥ .
- ١٣٣- شرح قانون العقوبات - القسم العام . د . محمود نجيب حسنى - طبعة سنة ١٩٧٣ .
- ١٣٤- شرح قانون العقوبات أصول النظرية العامة . د . يسر أنور على طبعة سنة ١٩٨٤ .
- ١٣٥- شرح القانون الجنائى - القسم العام . على زكى العرايى بك - طبعة سنة ١٩٣٦ .
- ١٣٦- شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات المستشار محمود ابراهيم اسماعيل - الطبعة الأولى .
- ١٣٧- شرح قانون العقوبات المصرى الجديد د . محمد كامل مرسى ، السعيد مصطفى السعيد - الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٦ .
- ١٣٨- شرح قانون العقوبات - القسم الخاص د . محمود محمود مصطفى - طبعة سنة ١٩٥٦ - دار النيل للطباعة .
- ١٣٩- قانون العقوبات - القسم العام د . عوض محمد طبعة سنة ١٩٨٤ - مؤسسة الثقافة بالاسكندرية .
- ١٤٠- قانون العقوبات - القسم العام د . مأمون محمد سلامة - طبعة دار الفكر العربى سنة ١٩٧٩ .
- ١٤١- مبادئ القانون الجنائى . فى الجريمة والمسئولية الجنائية د . على أحمد راشد - الطبعة الأولى .
- ١٤٢- مبادئ القسم العام من التشريع العقابى المصرى د . رءوف عبيد - الطبعة الأولى سنة ١٩٦٢ .

تاسعاً : مراجع اللغة

- ١٤٣- المعجم الوسيط . قام بإخراجه مجموعة منهم د . ابراهيم أنيس وآخرين . الطبعة الثانية .
- ١٤٤- المصباح المنير للفيومي - الطبعة الأولى .
- ١٤٥- مختار القاموس للطاهر أحمد الزاوي - الناشر دار الكتاب - بيروت .
- ١٤٦- لسان العرب لابن منظور - مطبعة الدار العربية للتأليف والنشر .

عاشراً : المجلات والدوريات

- مجموعة أحكام محكمة التقض المصرية .
- مجموعة القواعد القانونية .
- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - تصدر في المملكة العربية السعودية كل ثلاثة أشهر عدد محرم ، صفر ربيع أول سنة ١٤١١ هـ .
- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بالكويت - العدد الثالث عشر - رمضان سنة ١٤٠٩ هـ إبريل سنة ١٩٨٩ م .
- الموسوعة الفقهية - تصدر عن وزارة الأوقاف بالكويت .

فهرس الموضوعات

الصفحة

٣	الاهداء
٥	قرآن كريم
٧	حديث شريف
٨	قواعد رفع الضرر ودفع المشقة في الإسلام
٩	أقوال متفرقة
١١	المقدمة
١٥	خطة البحث
١٧	التمهيد
١٩	المبحث الأول : تعريف الضرورة في الشريعة الإسلامية
٢١	المبحث الثاني : تعريف الضرورة في القانون
٢٥	المقارنة بين الشريعة والقانون
	الفصل الأول : في تعليل حالة الإعفاء من الضرورة في كل من
٢٧	الشريعة والقانون
	المبحث الأول : تعليل حالة الاعفاء من الضرورة في الشريعة
٢٩	الإسلامية
٣١	تمهيد
٣٤	المطلب الأول : القاعدة الأولى : الضرر يزال
٣٨	المطلب الثاني : القاعدة الثانية : الضرورات تبيح المحظورات
	المطلب الثالث : القاعدة الثالثة : يرتكب أخف الضررين لدفع
٤٢	أعظمهما
	المطلب الرابع : القاعدة الرابعة : يتحمل الضرر الخاص لدفع
٤٧	الضرر العام
٤٩	المطلب الخامس : القاعدة الخامسة : الضرورة تقدر بقدرها
٥١	المطلب السادس : القاعدة السادسة : المشقة تجلب التيسير
٥٦	المطلب السابع : القاعدة السابعة : الأمر إذا ضاف اتسع

٥٩	المبحث الثاني : تعليل حالة الاعفاء من الضرورة في القانون
٦٣	المقارنة بين الشريعة والقانون
٦٥	الفصل الثاني : في بيان الطبيعة الشرعية والقانونية لجرائم الضرورة
٦٧	المبحث الأول : بيان الطبيعة الشرعية لجرائم الضرورة
٦٩	تعريف الحكم وأقسامه
٧٣	العزيمة والرخصة
٧٤	أنواع الرخص
٧٧	حكم الرخصة مع بيان أنواع أخرى لها
٧٩	المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للضرورة
٨٤	المقارنة بين الشريعة والقانون في طبيعة الضرورة
٨٧	الفصل الثالث : في شروط حالة الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون
٨٩	المبحث الأول : شروط حالة الضرورة في الفقه الإسلامي
٩٠	الشرط الأول : أن تكون الضرورة ملجئة
٩٣	الشرط الثاني : أن تكون الضرورة قائمة
٩٦	الشرط الثالث : أن تكون الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر
٩٨	الشرط الرابع : دفع الضرورة بالقدر اللازم
١٠١	الشرط الخامس : ألا يكون لإرادة المضطرد دخل في حلول الخطر
١٠٣	المبحث الثاني : شروط امتناع العقاب للضرورة في القانون
١٠٣	الشرط الأول : الخطر
١٠٧	الشرط الثاني : أن يكون الخطر جسيماً
١١١	الشرط الثالث : حلول الخطر
١١٣	الشرط الرابع : لا دخل لإرادة الفاعل فيه
١١٦	الشروط التي ترجع إلى جريمة الضرورة
١١٦	الشرط الأول : لزوم الجريمة لدفع الخطر
١١٨	الشرط الثاني : أن لا يكون في قدرة الفاعل منع الضرر بوسيلة أخرى
١٢٢	المقارنة بين الشريعة والقانون
١٢٣	الفصل الرابع : نماذج لحالات الضرورة في الشريعة والقانون
١٢٥	المبحث الأول : الاضطرار إلى قول الباطل

١٢٧	المطلب الأول : النطق بكلمة الكفر عند الضرورة
١٢٩	العزيمة عند الإكراه على الكفر أفضل
١٣١	المطلب الثاني : جواز الكذب والحلف عليه للضرورة
١٣٤	المطلب الثالث : جواز التقية
١٤١	المبحث الثاني : الإضطرار إلى تناول المحظور من مطعموم أو مشروب
١٤١	المطلب الأول : تناول المحظور من المطعموم
١٤٥	المطلب الثاني : شرب الخمر لضرورة العطش
		المبحث الثالث : الاضطرار إلى مباشرة المحظور من الأدوية وغيرها
١٤٩	من المرض
١٥١	المطلب الأول : حكم المداواة والعلاج بين الرجل والمرأة
١٥١	حكم الكشف والنظر واللمس
١٥٥	المطلب الثاني : التداوى بالمحرمات
١٥٥	حكم التداوى بالخمر
١٦٢	المطلب الثالث : استعمال أعضاء الميت في معالجة الحي
١٦٧	المبحث الرابع : الاضطرار إلى اتلاف النفس
		المطلب الأول : حكم الإجهاض في الشريعة الإسلامية وابطاحته
١٦٩	للضرورة
١٦٩	تعريف الإجهاض
١٧٠	مذاهب العلماء في الإجهاض
١٧٦	المطلب الثاني : قتل الصائل في حالة الدفاع الشرعى
١٧٦	تعريف الصائل
١٧٦	التكليف الشرعى لدفع الصائل
١٧٨	السند الشرعى لدفع الصائل
١٧٨	أنواع الدفاع الشرعى
١٧٨	الفرع الأول : الدفاع عن النفس
١٨٠	الفرع الثاني : الدفاع عن العرض
١٨١	الفرع الثالث : الدفاع عن المال

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي

أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com